



France

LE

DROIT ROMAIN

II

OUVRAGES DU MÊME AUTEUR

ET CHEZ LES MÊMES ÉDITEURS

Les Assurances sur la vie, au point de vue théorique et pratique. (*Ouvrage couronné par la Faculté de droit d'Aix, concours de doctorat premier prix, médaille d'or*). 1892. 1 vol. in-8° .... 3 »

Des classes ouvrières à Rome. (*Ouvrage couronné par la Faculté de Droit, l'Académie de Législation, et l'Institut*). 1892, une brochure in-8° .... 3 »

La Protection industrielle et le Nouveau Régime douanier. (*Ouvrage récompensé par la Faculté de Droit et par l'Institut*). 1 vol. in-8° .... 5 »

La Récidive et la détention préventive, théorie et commentaire du Code pénal et des Lois nouvelles. (*Mémoire couronné par la Faculté de droit et l'Académie de législation*), avec une introduction de M. ARTHUR DESJARDINS, membre de l'Institut, avocat général à la Cour de cassation. (*Ouvrage recommandé et honoré d'une souscription par le ministère de la justice de Grèce*). 1896, un vol. in-8° .... 5 »

De la loi du 26 mars 1891 relative à l'atténuation et à l'aggravation des peines. (Extrait de la revue critique de législation et de jurisprudence). 1894, une brochure in 8°... 2 »

LE

DROIT ROMAIN

EXPOSÉ

DE SES PRINCIPES FONDAMENTAUX

ET

DE SES RAPPORTS AVEC LE DROIT FRANÇAIS

Conforme au nouveau programme de licence et de doctorat

PAR

A. TYPALDO-BASSIA

Docteur en droit
Professeur agrégé à la Faculté de Droit d'Athènes
Lauréat de la Faculté de Droit d'Aix,
de l'Académie de Législation et de l'Institut.

TOME DEUXIÈME

PARIS
A. CHEVALIER-MARESCQ ET Cie, ÉDITEURS
20, RUE SOUFFLOT, 20

1898

LE DROIT ROMAIN

EXPOSÉ DE SES PRINCIPES FONDAMENTAUX

ET DE

SES RAPPORTS AVEC LE DROIT FRANÇAIS

DEUXIÈME PARTIE

DES BIENS

TITRE III

DE LA TRANSMISSION DU PATRIMOINE.

La transmission du patrimoine, avec son actif et son passif, s'opère par les modes d'acquérir à titre universel. Succéder à titre universel, c'est, à Rome, acquérir l'ensemble ou une quote-part du patrimoine d'une personne décédée ou vivante. A l'origine, la *successio in universum jus* entraînait, en général, la transmission du culte privé (*sacra privata*). Parmi les modes d'acquérir *per universitatem*, ceux qui s'appliquent à l'ensemble ou à une fraction des biens d'une personne morte sont : l'hérédité ou succession testamentaire, l'hérédité ou succession *ab intestat*, l'*in jure cessio* d'une hérédité et l'attribution des biens pour le maintien des affranchissements ; ceux qui se réfèrent au patrimoine d'une personne vivante sont : la *conventio in manum*, l'adrogation et le sénatus-consulte Claudien ; ceux enfin qui portent tantôt sur les biens d'un défunt, tantôt sur les biens d'une personne vivante, sont : la confiscation générale et la vente en masse du patrimoine.

CHAPITRE PREMIER

DES SUCCESSIONS.

Notions générales sur les successions.

La personne, qui avait un patrimoine, venant à disparaître, que vont devenir les biens qui le composent? L'homme passe, mais les intérêts restent. Les biens du défunt subsistent sous le nom d'hérédité. L'hérédité comprend trois éléments : 1° l'actif corporel ou incorporel ; 2° le passif, c'est-à-dire les dettes du défunt, augmentées des charges imposées par le défunt ou occasionnées par la transmission héréditaire ; 3° dans l'ancien droit, les *sacra privata*, c'est-à-dire l'obligation de continuer le culte domestique du défunt. Dans la mesure de l'hérédité, l'héritier continue la personne juridique du défunt. Quand l'hérédité est transmise, on dit qu'il y a *successio in universum jus* : la succession n'est donc que la transmission de l'hérédité. Or, l'hérédité se transmet, soit au profit de personnes désignées par le défunt, soit au profit de personnes désignées par la loi. Il y a, par conséquent, deux ordres de succession : la succession testamentaire, lorsque la vocation dérive de la volonté du défunt, et la succession *ab intestat* ou légitime, lorsque la vocation dérive d'une disposition de la loi.

On constate, dans le droit des Romains, une prépondérance frappante de la succession testamentaire sur la succession légitime. Cette préférence s'explique par une raison tirée du caractère national et par deux considérations de fait : 1° La répugnance à mourir sans testament est un trait des mœurs romaines, dont il est difficile, à raison des mœurs modernes, de pénétrer le vrai motif ; 2° Le chef de famille, qui laissait un testament, était à peu près assuré que son culte privé ne serait point continué par des successeurs indifférents ou indignes, car

l'héritier testamentaire ne pouvait pas, à la différence de l'héritier légitime, céder l'hérédité à un tiers avant d'avoir fait adition ; 3° Le testament avait sur la succession légitime l'avantage de favoriser l'expression de volontés particulières, en permettant au défunt de faire des legs, des affranchissements, des nominations de tuteurs.

Il résulte de cette prépondérance juridique de l'hérédité testamentaire sur l'hérédité légitime deux corollaires :

1° La succession légitime, essentiellement subsidiaire à la succession testamentaire, ne s'ouvre jamais qu'à défaut de testament ;

2° Il n'y a pas de concours possible entre les deux successions; c'est ce qu'on exprimait par la maxime : *Nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest*. Cette règle exclut non seulement le concours simultané, mais encore le concours successif des deux ordres d'héritiers. Elle proscrit d'abord le concours *simultané*, en ce sens que le défunt ne peut avoir l'un avec l'autre un héritier testamentaire et un héritier légitime ; le testament doit porter sur toute l'hérédité ; toute limitation à la vocation de l'institué par la désignation d'une quote-part ou d'un objet déterminé est à considérer comme non avenue. En droit français, il peut y avoir partage de l'hérédité entre les héritiers testamentaires et les héritiers légitimes. Elle proscrit ensuite le concours *successif*, en ce sens que le défunt ne saurait avoir l'un après l'autre un héritier testamentaire et un héritier légitime, ou réciproquement ; par conséquent, sont exclus de l'institution héréditaire le terme suspensif certain et toutes les modalités résolutoires. La raison en est que la qualité d'héritier est ineffaçable : *semel heres, semper heres* ; l'hérédité est perpétuelle, comme ses éléments constitutifs, le culte privé qu'il faut continuer, et les droits réels ou de créance actifs ou passifs qui passent à l'héritier.

Section I. — Hérédité ou succession testamentaire.

I. — Du testament.

Le testament est un acte fait suivant les formes prescrites par

la loi et révocable, qui contient une institution d'héritier portant sur tout le patrimoine et qui ne doit produire son effet qu'après la mort du disposant.

Formes du testament. — Les formes du testament sont différentes dans le droit ancien, le droit classique et le droit du Bas-Empire.

Droit ancien. — On distingue trois formes de testament : 1° *calatis comitiis* ; 2° *in procinctu* ; 3° *per æs et libram.*

1° *Calatis comitiis.* — A l'origine, le pouvoir législatif devait consacrer la volonté du testateur : les comices par curies étaient convoquées deux fois par an pour en approuver ou rejeter les dispositions. Mais du jour où la loi des Douze-Tables eut établi le principe de la souveraineté du père de famille en matière testamentaire, *uti legâssit rei suæ, ita jus esto*, les comices n'intervinrent plus que pour la solennité de l'acte.

2° *In procinctu.* — On testait *in procinctu* par une déclaration faite à haute voix devant l'armée, avant d'aller au combat.

3° *Per æs et libram.* — On testait *per æs et libram* en mancipant son hérédité. Avec le ministère d'un *libripens* et devant cinq témoins qui représentent les cinq classes de citoyens, le testateur mancipe son patrimoine à l'institué, qui devient acquéreur sous le nom de *familiæ emptor* ; les legs et autres charges héréditaires sont imposés à ce dernier par des pactes adjoints.

Les deux premiers modes de tester, *calatis comitiis* et *in procinctu*, étaient des actes publics et avaient l'inconvénient de ne pas être accessibles à tous et de n'être possibles qu'à des époques déterminées ; en outre, les testaments faits dans ces deux premières formes n'étaient pas secrets et ne pouvaient être révoqués que par la volonté du peuple ou de l'armée. Le mode *per æs et libram* était un acte privé, mais le testament fait dans cette forme n'était ni secret, ni révocable à volonté, car il fallait, pour le révoquer, que le *familiæ emptor* remancipât le patrimoine au testateur.

Droit classique. — Vers la fin de la République, on rencontre trois modes de testament : 1° *per æs et libram*, modifié ; 2° le testament nuncupatif ; 3° le testament prétorien.

1° *Per æs et libram, modifié.* — Les dispositions testamentaires

sont contenues dans un écrit qui reçoit son efficacité juridique d'une mancipation, où le rôle de *familiæ emptor* n'appartient plus à l'héritier, et d'une *nuncupatio*, ou formule solennelle par laquelle le testateur déclare, en présence du *familiæ emptor*, du *libripens* et des cinq témoins, que ses dernières volontés sont contenues daus l'écrit qu'il tient à la main. Ainsi nul ne connaît les dernières volontés du testateur, qui, en gardant l'écrit, reste maître de les révoquer. La mancipation n'était plus, dans ce mode transformé, qu'un vain simulacre, une cérémonie superflue.

2° *Testament nuncupatif.* — Le droit civil consacre, pour ceux qui ne peuvent on ne savent rédiger par écrit leurs dernières volontés, un autre testament qu'on appelle nuncupatif et qui se fait par une déclaration orale en présence de sept témoins.

3° *Testament prétorien.* — Le préteur admit, de son côté, comme valable le testament écrit et présenté à sept témoins, qui apposaient à l'extérieur de l'acte leur cachet et leur signature. Ce procédé ne créait, du reste, qu'un *bonorum possessor secundum tabulas*.

Droit du Bas-Empire. — Le testament nuncupatif fut toujours maintenu. Mais, depuis Théodose le Jeune, on consacre un testament écrit, appelé *tripartite*, parce qu'il emprunte ses règles à trois sources différentes : au droit civil, car il doit être fait en présence de témoins et d'un seul trait, c'est-à-dire qu'on ne peut l'interrompre pour procéder à un autre acte ; au droit prétorien, car il requiert le nombre de sept témoins, leur cachet et leur signature à l'extérieur de l'acte ; enfin, au droit impérial, car il exige la signature du testateur et de chaque témoin à l'intérieur de l'acte.

Des témoins testamentaires. — Le nombre de témoins requis était de cinq pour le testament *per æs et libram*, sans compter le *libripens* ; il fut porté à sept pour le testament nuncupatif, prétorien et tripartite. Justinien, tenant compte de la difficulté de réunir à la campagne le nombre règlementaire de témoins lettrés, décide que, pour les testaments faits à la campagne, il suffira de réunir cinq témoins. L'empereur Léon permet même de tester avec trois témoins seulement, en cas de besoin. En

temps de peste ou de toute autre épidémie, Dioclétien permet au testateur de ne pas réunir les témoins ; il suffit de leur faire apposer successivement leur cachet avec leur signature.

Ne peuvent être témoins que les citoyens mâles, pubères et investis du plein exercice de leurs droits. En conséquence, sont absolument incapables : 1° le pérégrin qui n'a pas obtenu le *jus commercii* ; 2° les esclaves ; 3° les femmes ; 4° les impubères ; 5° les prodigues interdits ; 6° les fous, les muets ou les sourds ; 7° les *intestabiles*, c'est-à-dire ceux qui ont été condamnés pour adultère, concussion ou diffamation.

Sont atteints d'une incapacité relative, c'est-à-dire restreinte à certains cas : 1° le fils en puissance du testateur ; 2° les personnes en puissance du *familiæ emptor* : cette incapacité n'eut plus d'autre raison d'être que l'habitude du jour où le *familiæ emptor*, distinct du véritable héritier, perdit tout intérêt au testament ; 3° l'institué et les personnes en sa puissance ; mais les légataires ou fidéicommissaires peuvent servir de témoins.

Les témoins doivent être capables au moment de la confection du testament. L'incapacité d'un témoin était une cause de nullité, à moins qu'elle ne fût ignorée de tous au moment de la confection : à cette hypothèse s'applique l'adage : *error communis facit jus.*

Les témoins pouvaient se servir du même cachet pour sceller le testament.

Institution d'héritier. — *Notions générales.* — L'institution d'héritier est la désignation de celui ou de ceux que le testateur veut pour héritiers. Toutes les autres dispositions introduites dans le testament, legs, affranchissements, nominations de tuteurs, ne sont que facultatives et se bornent à modifier la situation de l'héritier ; mais l'institution est essentielle, parce qu'elle crée l'héritier. Pas d'institution, pas de testament : *institutio heredis caput et fundamentum totius testamenti.*

A l'origine, où le testament était assimilé à une loi, l'institution devait se faire en termes législatifs et sacramentels : *Titius heres esto.* Mais, plus tard, on permit au testateur d'employer les deux formules : *Titius heres sit, Titium heredem esse jubeo.* Dès l'époque classique, on autorise le testateur à employer des

formules équivalentes aux deux précédentes; et, après Constantin, le testateur peut déclarer sa volonté en termes quelconques.

L'institution dut, jusqu'à Justinien, précéder dans le testament les legs et les affranchissements, qui étaient une charge pour l'institué ; ces dernières dispositions étaient nulles, quand elles précédaient l'institution. Justinien abrogea cette règle.

Modalités de l'institution d'héritier. — La qualité d'héritier, une fois acquise, est indélébile, suivant la règle *semel heres, semper heres.* L'institution d'héritier ne comporte donc aucun terme ni aucune condition résolutoires : toute modalité résolutoire serait tenue pour non écrite. Les Romains, soucieux de faire prévaloir la succession testamentaire, n'ont pas hésité à se prononcer pour la suppression de la modalité plutôt que pour la nullité de l'institution. Serait, pour la même raison, considéré comme non avenu le terme suspensif certain : car, si l'on en admettait la validité, il faudrait jusqu'à l'échéance attribuer les biens à l'héritier légitime, puis, le terme échu, les faire passer à l'héritier testamentaire : ce résultat serait contraire à la règle : *nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest.*

Mais la condition suspensive et le terme suspensif incertain sont permis :

1° *Condition suspensive : Titius heres esto, si navis ex Asiâ venerit.* La condition suspensive tient également dans l'incertitude la vocation de l'héritier légitime et celle de l'héritier testamentaire : l'événement seul ouvrira le droit du premier ou du second. Il n'y aura donc pas une attribution successive de l'hérédité.

2° *Terme suspensif incertain : Titius heres esto, quum Mævius morietur.* Cette modalité joue dans les testaments le même rôle que la condidion suspensive : *dies incertus in testamento conditionem facit.* En effet, à raison de l'incertitude de l'échéance, une égale indécision plane sur le droit de l'héritier légitime et sur le droit de l'héritier testamentaire. Ni l'un ni l'autre ne peut donc réclamer, avant l'échéance du terme, les biens héréditaires.

La faveur attachée par la loi à l'institution d'héritier a fait

apporter ici trois dérogations aux règles générales de la condition suspensive :

1° Toute condition de donner ou de faire, imposée à l'héritier et nécessitant le concours d'un tiers, est tenue pour accomplie, lorsque le refus du tiers la fait défaillir : si, par exemple, Titius est institué sous la condition d'épouser Seïa, et que celle-ci ne veuille pas y consentir, il a droit à l'hérédité. Mais le décès de Titius ou de Seïa ferait défaillir la condition. Le testateur est présumé n'avoir pas voulu abandonner le sort de l'institution à l'arbitraire d'un tiers.

2° L'héritier institué sous une condition négative qui dépend de sa volonté, par exemple, *si non ascenderit in Capitolium*, peut la tenir pour accomplie et se mettre immédiatement en possession de l'hérédité à charge de fournir la caution *Mucienne*. On désigne ainsi l'engagement qu'il prend envers son cohéritier testamentaire ou l'héritier légitime de lui restituer l'hérédité, dans le cas où il contreviendrait à la volonté du testateur.

3° La condition suspensive apposée à l'institution d'héritier n'a pas d'effet rétroactif. Il en résulte deux conséquences : 1° l'institué doit être vivant et capable lors de l'accomplissement; 2° si l'institué *alieni juris* a changé de père ou de maître, c'est le père ou le maître actuel qui profitera de l'institution ; s'il est devenu *sui juris*, c'est lui-même qui recueillera : car toute disposition testamentaire est faite au profit d'une personne déterminée, que le testateur a voulu gratifier, à l'exclusion de toute autre.

Nous avons vu, dans l'étude des obligations, que la condition physiquement impossible ou contraire à la nature et la condition juridiquement impossible ou contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, jointes à un contrat, le rendent nul. Il n'en est pas de même dans l'institution d'héritier : elles y sont réputées non écrites et la laissent pure et simple. Pourquoi cette différence ? Elle provient de la prédilection des Romains pour la succession testamentaire : ils supposent que le testateur, mis dans l'alternative de supprimer la condition ou de mourir intestat, aurait supprimé la condition. Cette règle fut étendue aux legs, aux fidéicommis et aux affranchissements, bien que ces dispositions ne fussent pas protégées par la même raison.

Mais on avait cédé à l'habitude d'établir une parenté générale de règles entre l'institution d'héritier et les autres dispositions testamentaires et de les entendre toutes dans un sens favorable au gratifié.

Toutefois, dans la pratique, en présence d'une condition physiquement ou juridiquement impossible, le juge pourra prononcer la nullité du testament pour démence du testateur. De plus, il y a trois sortes de conditions qui annulent l'institution dans tous les cas : 1° les conditions contradictoires, par exemple : *Titius heres esto, si Mœvius heres fuerit* ; 2° les conditions captatoires, c'est-à-dire celles qui tendent à obtenir en retour une autre institution, par exemple : *Titus heres esto, si me* ou *Mœvium instituerit ;* 3° les conditions purement potestatives de la part d'un tiers, par exemple : *Titius heres esto, si Mœvius voluerit.*

Capacité du testateur. — La capacité requise chez le testateur ou *factio testamenti active* n'est pas, à Rome, une conséquence de la propriété ; elle résulte d'une disposition de la loi. A l'origine, le droit de tester impliquait la possibilité de figurer dans les comices et manquait, par conséquent, aux pérégrins, aux femmes, aux impubères, aux muets, aux sourds. A l'époque classique, on distingue, dans la *factio testamenti active*, deux éléments : le droit de tester et l'exercice du droit de tester.

Le droit de tester appartient, en principe, à tout individu libre, citoyen et *sui juris* : libre et citoyen, car le testament est du *jus civile* ; *sui juris*, car le testament suppose un patrimoine. Sont, en conséquence, dépourvus du droit de tester :

1° Les personnes *alieni juris*, esclaves, fils de famille, femmes *in manu* ou individus *in mancipio*. Par exception, les esclaves publics pouvaient tester pour la moitié de leurs biens ; en outre, sous l'Empire, le fils de famille est admis à disposer par testament de son pécule *castrense* ou *quasi-castrense*.

2° Les pérégrins, les affranchis déditices, les latins juniens.

3° Les individus déclarés déchus du droit de tester par des lois spéciales : tels sont les condamnés pour adultère, concussion ou diffamation, et, sous les empereurs chrétiens, les apostats et les hérétiques.

La personne investie du droit de tester peut être empêchée de l'exercer par des circonstances de fait. Pour avoir l'exercice du droit de tester, il faut être capable d'exprimer une volonté libre et éclairée et de prendre part aux solennités constitutives du testament. Dès lors, ne peuvent exercer le droit de tester :

1° Les fous dans leurs moments de folie, les impubères, les prodigues interdits.

2° Les sourds, les muets, les aveugles, parce que le testament *per æs et libram* leur est matériellement inaccessible : les sourds n'entendraient pas les paroles prononcées par le *familiæ emptor*, les muets ne sauraieut prononcer les paroles de la *nuncupatio*, et les aveugles ne pourrraient pas vérifier l'acte présenté par eux aux témoins. Mais les aveugles pourraient faire un testament nuncupatif. Sous Justinien, le sourd est admis à tester ; le muet et le sourd-muet qui savent écrire reçoivent la même autorisation.

A quel moment est requise la capacité du testateur ? Il faut distinguer entre le droit et l'exercice du droit.

Le droit de tester doit exister au moment de la confection du testament et se maintenir jusqu'au décès du testateur : toutes les fois que le testateur subit une *capitis deminutio*, le testament devient nul, *irritum*, aux yeux de la loi civile ; mais le préteur considère comme valable le testament fait en pleine capacité par un testateur atteint d'une *capitis deminutio* entre la confection et le décès, et redevenu capable au moment du décès.

L'exercice du droit de tester n'est indispensable qu'au moment de la confection de l'acte.

Le testament antérieur à la captivité reste valable, car le testateur qui tombe en captivité ne subit pas de *capitis deminutio* : s'il revient, la fiction du *postliminium* efface rétroactivement son esclavage ; et, s'il meurt chez l'ennemi, la fiction de la loi *Cornélia* le répute mort à l'instant même où la liberté lui était ravie. Mais le testament que le captif ferait chez l'ennemi serait nul, car le testateur manquait alors de l'exercice du droit de tester : la fiction du *postliminium*, n'ayant aucune influence sur les faits, ne pourrait le valider.

Capacité de l'institué. — Jusqu'à Justinien, il faut avoir soin de distinguer la *factio testamenti passive* ou capacité d'être institué héritier dans un testament valable et le *jus capiendi* ou faculté de recueillir en fait le bénéfice d'une disposition testamentaire ; la *factio testamenti passive* est la jouissance du droit d'être institué ; le *jus capiendi* est l'exercice de ce droit.

Factio testamenti passive. — Tant que l'héritier dut jouer le rôle de *familiæ emptor* dans le testament *per æs et libram*, la la capacité d'être institué se confondit avec la capacité d'acquérir. Mais on ne tarda pas à déroger à ce principe rigoureux, en admettant à l'institution les *infantes*, les fous, les sourds, les muets, les captifs, les esclaves du testateur. A l'époque classique, il ne reste plus que quatre classes de personnes qui sont privées de la *factio testamenti passive* :

1° Les esclaves sans maître ou dont le maître n'a pas lui-même la *factio testamenti passive* avec le testateur ; car l'esclave n'a qu'une capacité d'emprunt.

2° Les pérégrins qui n'ont pas obtenu le *jus commercii*, et les affranchis déditices.

3° Les personnes incertaines. On entend par personnes *incertaines* les personnes morales et celles dont on ne peut avoir une idée précise et sûre : par exemple, celui qui viendra le premier à mes funérailles, ou les *posthumes*, c'est-à-dire les individus nés après la confection du testament. Parmi les personnes morales, les cités ou municipes acquirent la capacité d'être institués ; les églises et les établissements religieux la reçurent également. Quant aux posthumes, le droit civil lui-même permit d'instituer les *posthumi sui* ; et le préteur étendit la *factio testamenti passive* aux autres posthumes. Justinien déclara capables toutes les personnes incertaines sans distinction.

4° Les femmes, fussent-elles filles du testateur, lorsque celui-ci appartient à la première des cinq classes de Servius Tullius, c'est-à-dire est inscrit sur les registres du cens pour une fortune égale ou supérieure à cent mille as. Cette prohibition était édictée par la loi *Voconia*, dans le but d'empêcher l'enrichissement des femmes. Elle ne tarda pas à tomber en désuétude.

Le droit impérial créa, à titre de déchéances pénales, quatre nouvelles classes d'incapables : 1° les apostats et les hérétiques ; 2° les enfants du condamné pour lèse-majesté ; 3° les époux incestueux et les enfants issus de leur union ; 4° la veuve qui s'est remariée avant l'expiration de l'année de viduité.

La *factio testamenti passive* est exigée, à peine de nullité de l'institution, lors de la confection du testament, lors de la délation de l'hérédité et d'une façon continue depuis la délation jusqu'à l'acquisition de l'hérédité. L'incapacité survenue entre la confection du testament et la délation de l'hérédité est indifférente. La nécessité de la *factio testamenti passive* au moment de la confection du testament n'avait sa raison d'être qu'au temps où l'on testait par une mancipation faite à l'héritier lui-même.

Jus capiendi. — La personne investie de la *factio testamenti passive* peut être privée du *jus capiendi* en tout ou en partie. A l'époque classique, des lois spéciales enlèvent totalement ou partiellement ce droit à deux catégories de personnes :

1° La loi *Junia Norbana* prive totalement du *jus capiendi* les latins juniens : ils ne peuvent recueillir le bénéfice des dispositions faites à leur profit qu'à la condition d'acquérir la cité dans les cent jours qui suivent le décès du testateur.

2° Les lois Caducaires privent du *jus capiendi* les célibataires pour le tout, les *orbi* ou personnes mariées sans enfants, pour la moitié, les *patres solitarii* ou hommes veufs ou divorcés ayant des enfants d'un premier lit, dans une mesure inconnue.

Le *jus capiendi* n'est pas indispensable au moment de la confection du testament ; il n'est requis qu'au moment de la délation de l'hérédité, c'est-à-dire au jour de la mort du testateur ou de l'événement de la condition, suivant que l'institution est pure et simple ou conditionnelle. On donne même à l'institué un délai de cent jours à partir de cette date, pour acquérir le *jus capiendi*.

Sous Justinien, la faculté de recueillir l'hérédité n'est plus refusée à aucune des personnes investies de la *factio testamenti passive*. Aussi l'Empereur confond-il volontairement l'expression de *jus capiendi* avec celle de *factio testamenti*.

De l'institution des esclaves. — L'institution peut s'adresser à l'esclave du testateur ou à l'esclave d'autrui.

Esclave du testateur. — L'affranchissement de l'esclave était la condition nécessaire de son institution par le maître. Jusqu'à Justinien, le testateur devait lui léguer expressément la liberté, sous peine de nullité du testament : *Stichus heres liberque esto*. Justinien décide que la volonté d'affranchir résultera tacitement du seul fait de l'institution.

Quels sont les effets de l'institution de l'esclave du testateur ? Supposons d'abord l'institution et l'affranchissement purs et simples : l'esclave est-il resté sous la puissance du testateur jusqu'au décès, il devient libre immédiatement et du même coup acquiert l'hérédité, comme héritier nécessaire, c'est-à-dire de plein droit et sans acceptation ; a-t-il été affranchi avant le décès, il aura le choix, en qualité d'héritier externe, entre l'acceptation et la répudiation de l'hérédité ; a-t-il été aliéné avant le décès, il sera encore héritier externe, mais le choix entre l'acceptation et la répudiation dépendra de l'ordre de son nouveau maitre. Supposons maintenant que l'institution et l'affranchissement soient subordonnés à une condition suspensive : si la condition est accomplie au jour du décès, l'esclave resté en puissance du testateur devient en même temps libre et héritier nécessaire ; la condition s'accomplit-elle plus tard, les mêmes effets se produisent ; vient-elle à défaillir, il n'aura ni la liberté ni la succession.

Esclave d'autrui. — On ne peut instituer que l'esclave dont on pourrait instituer le maitre. S'il est libre au moment de l'adition, il acquiert pour lui-même ; s'il est encore en esclavage sous le même maitre ou sous un nouveau, il n'acquiert que par ordre et au profit du maître actuel. Lorsque le *servus alienus* institué se trouve, lors du décès, sous la puissance du testateur, l'institution s'évanouit ; car cet esclave ne saurait acquérir ni pour un maitre qu'il n'a plus, ni pour lui-même, puisque la liberté n'a pu lui être donnée même tacitement par un testateur qui ne l'avait pas en sa puissance au jour du testament. L'esclave commun est valablement institué du chef de ceux de ses copropriétaires qui avaient la *factio testamenti passive* avec

le testateur : l'actif et le passif de l'hérédité se répartissent alors entre les divers maîtres qui lui ont donné l'ordre de faire adition, proportionnellement à leurs parts de copropriété. Lorsque le testateur est l'un des maîtres, il perd sa part de propriété, qui profite aux autres, et, par suite, l'hérédité est acquise à ces derniers. Justinien abroge cette règle, en décidant que l'esclave deviendra libre et héritier nécessaire, sous la réserve d'une indemnité à payer aux copropriétaires dépouillés. L'esclave héréditaire, c'est-à-dire d'une hérédité jacente, peut-il être institué ? Il semble que non, puisqu'il n'a pas de maître. Mais, pour éviter des difficultés que la vacance de la succession aurait pu faire surgir, on prolonge, par une fiction, jusqu'au moment de l'adition la personnalité juridique du défunt ; c'est le sens de la maxime : *hereditas personam defuncti sustinet*. Par suite, la capacité de l'esclave héréditaire est empruntée à son maître décédé : le testateur qui pouvait instituer ce dernier peut instituer le *servus hereditarius*.

Testament militaire. — Les premiers empereurs accordèrent aux soldats, en matière testamentaire, des privilèges qui se maintinrent même après Justinien. La concession de ces faveurs était inspirée par une double considération : d'abord, la situation spéciale du soldat lui rendait souvent impossible la stricte observation des formes du testament ordinaire ; ensuite, les empereurs avaient intérêt à se concilier l'armée, puisqu'ils étaient à sa merci.

Le testament militaire est affranchi de toutes les règles de forme et de la plupart des règles de fond.

Ainsi, en premier lieu, la seule condition requise pour la confection ou la révocation d'un testament militaire est une volonté certaine, écrite ou verbale. On en conclut qu'un testament nul en la forme devient efficace, si le testateur postérieurement devenu militaire manifeste l'intention de le conserver. Il en résulte encore que les dispositions testamentaires d'un soldat seraient valables, s'il les avait écrites avec son sang sur son bouclier ou tracées avec son épée sur le sable.

En second lieu, le testament militaire est dispensé de la plupart des règles de fond. Ainsi la règle de l'incompatibilité de

la succession testamentaire et de la succession légitime n'est pas applicable au soldat : il peut instituer pour une chose déterminée ou sous une condition résolutoire. L'institution d'héritier n'est même pas nécessaire. Il n'est tenu d'avoir la *factio testamenti active* qu'au jour du décès ; de plus, la *factio testamenti passive* ainsi que le *jus capiendi* sont toujours accordés à ceux qu'il institue. Enfin, le testament militaire n'est pas soumis aux règles de l'exhérédation ; il est à l'abri de la *querela testamenti inofficiosi* et de la rupture par l'agnation d'un héritier sien.

Ces privilèges n'appartiennent qu'au soldat inscrit sur les cadres de l'armée. Ils durent sans interruption jusqu'à la fin du service. Mais Justinien ne les applique plus qu'au testament fait par le soldat en campagne. Le testament du soldat reste encore valable pendant une année entière, lorsque son congé se fonde sur une blessure ou sur la fin du service.

Ajoutons que le testament d'une personne étrangère à la milice jouit des privilèges militaires, lorsqu'elle meurt en pays ennemi, à la suite de l'armée.

Testamentum inter liberos. — Cette sorte de testament date de Constantin ; la loi le soustrait à l'application de la plupart des règles ordinaires. C'est une espèce d'acte olographe : il suffit que l'ascendant testateur écrive de sa propre main la date de l'acte, les noms des institués et les parts de chacun. Ce testament est attributif de propriété.

Codicilles. — Le codicille est l'expression de dernières volontés, rédigée sans l'observation des formes du testament. Il ne devint obligatoire que sous le règne d'Auguste. Théodose le Jeune exigea pour la validité du codicille la présence et la signature de cinq témoins. Le codicille ne peut ni contenir, ni révoquer, ni modifier une institution d'héritier, une exhérédation, une substitution vulgaire ou pupillaire. On n'admet pas la coëxistence de deux testaments ; on admet, au contraire, la coëxistence de deux codicilles, et le premier reste alors exécutoire dans tout ce qu'il a de compatible avec le second. Un testament nul à raison de ses formes ne vaut comme codicille que si telle a été la volonté du testateur.

Le codicille peut émaner d'un testateur ou d'une personne qui n'a pas testé : le codicille testamentaire exige la *factio testamenti active* au moment de sa confection ; le codicille *ab intestat*, c'est-à-dire celui que le défunt impose à l'héritier légitime, n'exige la capacité qu'au décès. Le codicille testamentaire suit le sort du testament et tombe par toutes les causes qui le rendent *irritum*, *ruptum* ou *destitutum*.

Les codicilles testamentaires se subdivisent en codicilles *confirmés* et en codicilles *non confirmés*. La confirmation par testament est expresse ou tacite : expresse, lorsqu'elle s'applique formellement soit à des codicilles déjà faits, soit à des codicilles futurs ; tacite, lorsqu'elle s'induit des circonstances et qu'il s'agit de codicilles déjà faits que le testateur n'a pas voulu révoquer.

Les codicilles *ab intestat* n'ont pu recevoir une confirmation par testament.

Le codicille confirmé contient valablement des legs ou révocations de legs, des fidéicommis, des affranchissements et des nominations de tuteurs. En outre, les dispositions d'un codicille confirmé sont réputées écrites dans le testament lui-même : ainsi l'affranchissement d'un esclave par codicille valide le legs laissé à cet esclave dans le testament, legs qui eût été nul parce que le testateur avait omis d'affranchir son esclave. Le codicille non confirmé ne peut contenir que des fidéicommis.

II. Restrictions apportées au droit de tester dans l'intérêt de la famille du testateur.

D'après la loi des Douze Tables, le chef de famille avait un droit de tester absolu et sans contrôle : *uti legassit super pecunia tutela-ve rei suæ, ita jus esto*. En instituant un héritier, il lui transmettait l'hérédité, à l'exclusion de tous ceux qu'il n'y appelait pas, même de ses enfants. Mais, avec le temps, la jurisprudence apporta deux restrictions importantes à cette omnipotence du testateur : la première des mesures prises pour assurer l'hérédité à la famille du testateur se traduisit par la nécessité qui fut imposée au père de famille d'instituer ou d'exhéréder ses enfants en puissance ; la seconde établissait une

action spéciale, la *querela testamenti inofficiosi*, destinée à faire annuler le testament de celui qui aurait exclu sans motif légitime ses proches parents.

Nécessité d'instituer ou d'exhéréder les sui heredes. — Le pouvoir d'abord sans bornes du père de famille en matière testamentaire fut battu en brèche par une ancienne doctrine qui considérait le fils de famille commè une sorte de copropriétaire de patrimoine paternel : c'est ce qui explique qu'à la mort du père il devienne héritier sien et nécessaire, continuant ainsi un droit antérieur et latent. Cette idée de copropriété devait servir à justifier l'obligation imposée par la coutume au père d'instituer ou d'exhéréder formellement ses enfants : sa liberté restait entière au fond, l'exercice seul en était gêné. Cette règle se rattachait à la pensée qu'on peut souvent reculer devant l'aveu formel et obligatoire d'une iniquité : il était à supposer que le père de famille, légalement tenu d'exclure en termes exprès de la succession ses enfants, n'oserait pas les écarter aussi facilement que s'il lui était permis de les passer sous silence. Cette nécessité d'instituer ou d'exhéréder ne pesait ni sur la mère ni sur les ascendants maternels : l'omission des descendants par les femmes équivaut à leur exhérédation. La théorie de l'institution ou de l'exhérédation obligatoire a subi de nombreuses transformations ; son établissement définitif se place vers l'époque de Cicéron. Il importe de l'étudier au triple point de vue du droit civil, du droit prétorien et du droit de Justinien.

Droit civil. — D'après le droit civil, la nécessité de l'institution ou de l'exhérédation se restreint à l'égard des *sui heredes*. Les *sui heredes* sont tous les descendants qui se trouvent actuellement sous la puissance immédiate du testateur ou qui s'y trouveraient, s'il vivait encore. Il se divisent en deux classes : les uns ont cette qualité au jour de la confection du testament ; ce sont les *sui heredes* proprement dits ; les autres acquièrent cette qualité postérieurement à la confection du testament ; ce sont les *posthumes*.

Sui heredes proprement dits. — A l'origine, la nécessité de l'institution ou de l'exhérédation s'applique exclusivement

aux descendants investis de la qualité de *sui heredes* au moment de la confection du testament, c'est-à-dire déjà nés et soumis à la puissance immédiate du testateur. Tels sont : 1° tous les descendants du premier degré, sans distinction entre les fils et les filles, entre les enfants issus *ex justis nuptiis* et ceux qui ont été adoptés ou adrogés ; 2° les petits-fils ou petites-filles par les mâles dont le père est prédécédé ou sorti de la famille par émancipation ou adoption ; 3° la femme *in manu*, assimilée juridiquement à l'égard du testateur à une fille ou petite-fille.

Nous connaissons les formes de l'institution. Dans quelles formes le *pater familias* doit-il procéder à l'exhédération ? Il doït exhéréder son fils individuellement : *Titius filius meus exheres esto ;* quant aux filles, petits-fils ou petites-filles, il peut les exhéréder collectivement : *cæteri exheredes sunto.* On a cru devoir imposer à l'égard du fils une déclaration plus précise et plus certaine de la volonté du testateur .

Quelle est la sanction du défaut d'institution ou d'exhérédation, ou encore d'une institution ou exhérédation irrégulière? La sanction n'est pas la même, suivant qu'il s'agit d'un fils ou d'autres descendants omis ou irrégulièrement institués ou exhérédés. S'agit-il d'un fils, le testament était, suivant les Sabiniens, dont l'opinion suivie à l'époque classique fut confirmée par Justinien, frappé d'une nullité définitive, *injustum :* en conséquence, la mort ou l'incapacité du fils omis survenues avant le décès du père ne feraient pas revivre le testament. Cette doctrine se fondait sur ce principe que les conditions matérielles de la validité d'un acte sont requises au moment même de sa confection. Les Proculiens enseignaient, au contraire, que la formalité de l'institution ou de l'exhérédation était devenue indifférente, lorsque l'enfant, dans l'intérêt exclusif duquel elle était imposée, ne pouvait plus recueillir l'hérédité. S'agit-il de descendants autres que le fils, l'institution est simplement réductible : la fille et les petits-fils ou les petites-filles prendront aux institués une moitié de la succession, si les institués sont *extranei*, et seulement une part virile, s'ils ont la qualité de *sui heredes*. Dans le cas où le testament institue à la fois des *extranei* et des *sui heredes*, on leur donne

une moitié de la quote-part attribuée à tous les *extranei* ensemble, et une portion virile sur le total réservé aux *sui heredes*. Les petits-fils ou petites filles ne viennent que par souches, c'est-à-dire qu'on ne compte que pour un seul enfant tous ceux qui sont issus du même fils. Cette attribution de parts aux filles et aux petits-enfants est désignée par les textes sous le nom de *jus accrescendi* : cette locution signifie que le nombre des institués est fictivement accru du descendant omis ou irrégulièrement institué ou exhérédé ; il compte donc comme héritier testamentaire et contribue, proportionnellement à son droit, à l'acquittement des legs et autres charges du testament. La règle *nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest* s'opposait à ce qu'il vînt à la succession en qualité d'héritier légitime.

Posthumes et quasi-posthumes. — La survenance d'un *suus heres* postérieure à la confection du testament en entrainait la rupture : cette survenance était appelée *agnatio*, lorsque l'héritier sien acquérait cette qualité par la naissance, et *quasi-agnatio*, lorsqu'il était élevé à cette qualité par la mort ou l'émancipation d'un ascendant qui le séparait jusqu'alors du testateur. L'héritier sien qui acquérait cette qualité par la naissance postérieurement à la confection du testament ne pouvait figurer dans le testament, puisqu'il n'était pas permis d'instituer des personnes incertaines et qu'en outre il n'avait pas encore la qualité de *suus heres*. L'héritier sien qui était élevé à ce titre par la mort ou l'émancipation d'un ascendant en puissance immédiate du testateur ne pouvait, bien que vivant et capable, figurer à titre de *suus heres* dans une institution ou une exhérédation, puisqu'il n'avait pas alors cette qualité. La jurisprudence et la loi, en créant la théorie de l'institution ou de l'exhérédation des posthumes ou quasi-posthumes, donnèrent au testateur le moyen de prévenir dans certains cas la rupture du testament.

On appelle *posthume* tout enfant qui acquiert par sa naissance la qualité de *suus heres*, postérieurement à la confection du testament. Il y a trois classes de posthumes : 1° les posthumes légitimes ; 2° les posthumes Aquiliens ; 3° les posthumes Vel-

léiens. On appelle *quasi-posthumes* les petits-enfants qui acquièrent la qualité de *sui heredes*, après la confection du testament, par un événement qui fait sortir de la famille un ascendant intermédiaire.

Posthumes légitimes. — Le posthume légitime est le descendant qui, conçu du vivant et né après la mort du testateur, se fût trouvé sous sa puissance immédiate, s'il eût été au monde lors de la confection du testament. Tel est, par exemple, l'enfant que met au jour la veuve du testateur dans les dix mois de son décès. La survenance de ce descendant amenait la rupture irremédiable du testament, puisque les dispositions testamentaires ne pouvaient être modifiées. Les jurisconsultes permirent de prévoir, en testant, l'agnation de ce posthume, de le considérer comme vivant et de l'instituer ou de l'exhéréder.

Posthumes Aquiliens. — Le posthume Aquilien est le descendant qui, conçu du vivant et né après la mort du testateur, ne se fût pas trouvé sous sa puissance immédiate, s'il eût été au monde lors de la confection du testament. Tel est, par exemple, le petit-fils né *sui juris* postérieurement au décès de son aïeul, lorsque son père décédé avant ce dernier, était sous la puissance immédiate du testateur au jour du testament. Ce descendant, à la condition de naître vivant, infligeait au testament une rupture irréparable, puisqu'il n'était plus possible de refaire le testament. Le jurisconsulte Aquilius Gallus permit au testateur l'institution ou l'exhérédation de ce *suus heres* éventuel.

Posthumes Velléiens. — Le posthume Velléien est le descendant d'un degré quelconque qui naît du vivant et sous la puissance immédiate du testateur, après la confection du testament. Ici, la rupture du testament n'était pas sans remède, puisque le testateur pouvait, en thèse générale, refaire son testament; mais il était à craindre que le testateur n'eût perdu l'exercice de son droit de tester : ce fut la loi *Junia Velleia* qui vint conjurer ce danger, en permettant d'instituer ou d'exhéréder ce posthume.

Quasi-posthumes. — La même loi autorisa l'institution ou l'exhérédation anticipée des quasi-posthumes.

Les formes de l'exhérédation des posthumes ou des quasi-posthumes furent d'abord les mêmes que pour celle des *sui heredes* proprement dits. Mais, dès le temps d'Ulpien, on exige pour les posthumes ou quasi-posthumes mâles, sans distinction de degré, une exhérédation nominative. Les filles ou petites-filles peuvent être exhérédées collectivement, pourvu toutefois qu'on leur laisse un legs, si minime qu'il soit, qui indique qu'on ne les a pas oubliées.

L'omission des posthumes ou quasi-posthumes ne rend pas le testament nul dès le principe, car, au moment de sa confection, il n'y a pas nécessité d'instituer ou d'exhéréder une personne qui n'est pas *suus heres*. Mais l'agnation ou quasi-agnation d'un posthume, de sexe et de degré quelconque, entraîne nécessairement la rupture du testament. Ajoutons que, pour l'annulation d'un testament par la naissance d'un posthume, il n'est pas nécessaire que l'enfant soit né viable, il suffit qu'il soit né vivant, c'est-à-dire qu'il ait respiré.

Droit prétorien. — Le droit prétorien confirme d'abord le droit civil en imposant au père l'obligation d'instituer ou d'exhéréder tous ses descendants qui ont la qualité de *sui heredes*. Il assimile, de plus, aux *sui heredes* et posthumes du droit civil tous les descendants légitimes qui ont perdu leur qualité de *sui heredes* avant le décès du testateur en vertu d'une *minima capitis deminutio*, et ne l'ont pas acquise et conservée dans une autre famille : tels tont, notamment, les enfants émancipés par le testateur et non adrogés par un tiers, ou les enfants donnés en adoption et émancipés par l'adoptant. Le préteur en exige l'institution ou l'exhérédation.

L'exhérédation doit être nominative pour les mâles et peut être collective pour les femmes. L'institution des uns et des autres peut être conditionnelle : si la condition est défaillie lors du décès, on accorde à l'enfant la *bonorum possessio contra tabulas ;* si elle est encore en suspens, la *bonorum possessio secundum tabulas*, que l'on transformera, en cas de défaillance ultérieure de la condition, en *bonorum possessio contra tabulas*.

L'omission des *sui heredes* ou des descendants assimilés

aux *sui heredes* n'entraîne pas directement la nullité du testament, d'après le droit prétorien ; elle donne droit seulement à la *bonorum possessio contra tabulas*. Cette *bonorum possessio* n'est accordée qu'aux ayants droit vivants et capables lors du décès du testateur et sur une demande faite dans un délai déterminé : si donc l'enfant prédécède, devient incapable ou renonce à invoquer le bénéfice de la *bonorum possessio*, le testament conserve toute son efficacité.

La *bonorum possessio contra tabulas* accordée aux descendants mâles omis faisait réputer le testateur intestat et leur permettait de prendre la part qu'ils auraient eue comme héritiers légitimes, sans la charge des legs. La *bonorum possessio* accordée aux femmes omises laissait le testament debout et rendait seulement réductible la part des institués : la femme prendra la moitié aux institués *extranei* et une part virile aux institués *sui heredes ;* de plus, elle sera tenue de contribuer à l'acquittement des charges testamentaires.

Droit de Justinien. — Justinien consacre la théorie prétorienne, en ce qui concerne les descendants qu'il importe d'instituer ou d'exhéréder. Mais il décide que l'exhérédation sera toujours nominative. En outre, la sanction de l'omission ou de l'exhérédation irrégulière est, dans tous les cas, la nullité radicale du testament.

Plainte d'inofficiosité. — La nécessité de l'institution ou de l'exhérédation était sans doute un tempérament apporté à la liberté trop absolue du testateur ; mais elle était insuffisante comme moyen de protection pour la famille du testateur : d'abord, elle ne se traduisait que par une simple formalité ; ensuite, elle ne protégeait que les descendants en puissance et et n'était imposée ni à la mère ni aux ascendants maternels.

La liberté de tester fut restreinte dans une mesure plus large par la théorie de la *querela testamenti inofficiosi*, qui est le germe de la réserve héréditaire du droit français. Le testament inofficieux est un testament conforme aux principes du droit civil, mais contraire aux devoirs du sang. Avec le progrès des mœurs, la coutume donna à certains héritiers *ab intestat* qui, sans motifs sérieux, avaient été omis ou régulière-

ment exhérédés ou n'avaient pas reçu le quart de leur part héréditaire *ab intestat*, une action en rescision du testament, la *querela testamenti inofficiosi*. Les jurisconsultes, au lieu de justifier cette action par le vrai fondement moral qui l'avait inspirée, la motivent par la considération qu'un testament réprouvé par le droit naturel est nécessairement l'œuvre de la folie : *hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerint, cùm testamentum ordinarent ;* motif juridiquement inacceptable, car le testament d'un fou serait radicalement nul, tandis que l'inofficiosité rend le testament simplement annulable, quelquefois même pour partie. La plainte d'inofficiosité existait déjà au temps de Cicéron.

Conditions de la plainte d'inofficiosité. — Le droit d'intenter la *querela* est subordonné à trois conditions : 1° il faut que le réclamant ait la qualité d'héritier légitimaire ; 2° il faut que, sans cause sérieuse, il ait été omis ou exhérédé ou n'ait pas reçu par acte de dernière volonté le quart au moins de sa part héréditaire *ab intestat ;* 3° il faut que le successible ne trouve, dans la législation civile ou prétorienne, aucun autre moyen pour arriver à la succession.

1° Qualité de légitimaire.— Il faut que le *querelans* ait une vocation civile ou prétorienne à l'hérédité *ab intestat* dans une classe déterminée de successibles particulièrement favorisés. Celui qui n'a pas de vocation à l'hérédité *ab intestat* ne peut jamais se prétendre dépouillé et serait sans intérêt à faire tomber le testament. Du reste, le droit de demander l'annulation du testament comme inofficieux n'appartient qu'à trois catégories d'héritiers légitimes : 1° aux descendants ; 2° aux ascendants ; 3° aux frères et sœurs, sous certaines restrictions.

Descendants. — Tous les descendants du testateur, quelque soit leur degré ou leur sexe, peuvent se prévaloir de la *querela*. La plainte d'inofficiosité avait été créée dans l'intérêt exclusif des *sui heredes* du droit civil, régulièrement exhérédés : elle se fondait alors sur l'idée de copropriété injustement méconnue. Plus tard, quand le préteur eut étendu la nécessité de l'institution ou de l'exhérédation à tous les descendants par les mâles, la plainte d'inofficiosité leur fut donnée : elle se fon-

dait alors surtout sur la violation des devoirs qu'imposent les liens du sang. Enfin, dans une période postérieure, on admit à la *querela* les descendants omis par un ascendant qui n'avait pas l'obligation civile ou prétorienne de les instituer ou de les exhéréder, c'est-à-dire par la mère, par un ascendant maternel de l'un ou de l'autre sexe, et par une ascendante paternelle. Dès lors, la *querela* se fonde également, pour tous les descendants, sur un titre naturel de préférence injustement méconnu.

Ascendants. — La plainte d'inofficiosité appartient pareillement aux ascendants ; car l'omission d'un ascendant viole le sentiment de piété filiale. Le pécule *castrense* ou *quasi-castrense*, ne faisant pas l'objet d'une succession *ab intestat*, échappe à la plainte d'inofficiosité.

Frères et sœurs. — Les frères et sœurs sont admis à attaquer le testament inofficieux, mais seulement dans le cas où l'institué était une personne d'une condition humble ou vile, comme l'affranchi, le comédien, la femme prostituée. Toutefois, jusqu'à Justinien, les frères et sœurs germains ou consanguins ont seuls le droit d'intenter la *querela* ; Justinien l'accorde aux frères et sœurs utérins.

La dévolution de la *querela* suit la dévolution de l'hérédité légitime : ainsi, un fils émancipé meurt, en laissant des enfants et son père : c'est aux enfants qu'appartiendra la plainte d'inofficiosité ; mais s'ils y renoncent ou y échouent, elle passera au père.

2° *Omission, exhérédation, défaut de la quarte, sans motif justifiable.* — Il faut que, sans raison sérieuse, le successible ait été omis ou exhérédé ou n'ait pas reçu par acte de dernière volonté le quart au moins de sa part héréditaire *ab intestat*. Ainsi, en supposant deux enfants, chacun d'eux aurait une moitié de la succession ; la part légitime sera le quart de cette moitié, qui est la part héréditaire *ab intestat* de chaque enfant. Ce quart réservé est désigné sous le nom de *quarte légitime*. On avait limité à ce chiffre le taux de la légitime, parce que la loi Falcidie avait déjà établi, au profit de l'héritier testamentaire, le droit de faire réduire les legs qui dépassaient le quart de sa part ; or, le testateur pouvant ainsi valablement, en instituant

le successible, le grever de legs jusqu'à concurrence des trois quarts de l'institution, on ne pouvait logiquement décider que l'omission ou l'exhérédation lui serait plus favorable que l'institution.

Que décider si le défunt, tout en ayant eu l'intention de laisser le quart, avait, en fait, laissé moins ? A l'époque classique, le successible pouvait intenter la *querela* et faire tomber le testament, à moins que le testateur n'ait eu le soin de disposer qu'en cas d'insuffisance la part laissée serait complétée par l'arbitrage d'un homme honorable. Constantin ratifia cette règle et permit au successible de réclamer le complément de sa quarte par une *condictio ex lege*, action personnelle, perpétuelle et transmissible. Justinien décide que la clause de supplément sera toujours sous-entendue. Dès lors, l'attribution au légitimaire même du plus petit legs suffit à lui fermer l'accès de la *querela*.

Pour le calcul de la quarte légitime, on compose la masse des biens laissés au jour du décès, legs, fidéicommis, donations à cause de mort, et on en déduit les dettes, les frais funéraires et la valeur des esclaves affranchis par testament : on a ainsi l'actif net, et c'est de cet actif net que le quart doit être déduit au profit du légitimaire.

Le légitimaire doit recevoir sa quarte par acte de dernière volonté, institution, legs, fidéicommis, donation à cause de mort. Les libéralités entre-vifs dont le testateur peut l'avoir gratifié, fussent-elles supérieures à la quarte, ne lui enlèvent pas la faculté d'intenter la *querela*, car les biens ainsi sortis du patrimoine du testateur n'entrent pas dans la masse dont le quart est réservé au successible. Vainement le donateur déclarerait, au jour de la donation, que la libéralité s'imputera sur la quarte : cette clause serait non avenue, comme une atteinte à la libre volonté du légitimaire et comme contraire à une disposition d'ordre public. Toutefois, par exception, on doit imputer sur la quarte les libéralités reçues à titre de dot, les donations *propter nuptias* et celles destinées à l'acquisition d'une charge militaire.

Dans ses Novelles, Justinien décide que le successible de-

vra toujours recevoir sa légitime par une institution ; si l'institution est insuffisante, il en réclamera alors le complément par une pétition d'hérédité, puisque c'est à titre d'héritier qu'il doit avoir la quotité qui lui est réservée. Cette innovation n'est pas toujours avantageuse à l'enfant ; car elle le soumet aux embarras de la succession, que le testateur pouvait lui épargner auparavant en lui laissant la légitime par legs.

Les Novelles modifient également le taux de la légitime pour les descendants ; elles en fixent le chiffre à la moitié de la succession s'ils sont plus de quatre, et au tiers s'ils sont quatre ou moins de quatre. Cette combinaison n'est pas à l'abri de la critique : d'abord, un enfant unique a une légitime égale à celle de quatre enfants ensemble ; de plus, lorsqu'il y a cinq enfants, chacun d'eux aura une part plus forte que dans le cas où ils ne sont que quatre : ainsi, supposons que l'hérédité soit de 6.000 sesterces : s'il y a cinq enfants, la légitime est de moitié, soit 3.000, chaque enfant aura 600 ; s'il y a quatre enfants, la légitime est du tiers, soit 2.000, chaque enfant n'aura que 500.

C'est au réclamant, puisqu'il est demandeur, de prouver que son omission, son exhérédation ou l'attribution à lui faite d'une portion insuffisante se trouvent iniques et imméritées. Jusqu'à Justinien, le juge avait un pouvoir souverain d'appréciation relativement aux motifs de sévérité du testateur. Justinien, dans ses Novelles, enlève au juge cette appréciation et énumère limitativement les causes légitimes d'exclusion : elles sont relatives, en général, à la conduite blâmable de l'exclu à l'égard du testateur ou à sa conduite générale.

3° *Impossibilité d'un autre recours civil ou prétorien.* — La *querela* est une ressource extrême : le légitimataire se plaint en quelque sorte d'une injure qui lui est faite ; elle suppose donc le défaut de toute autre voie civile ou prétorienne, ouverte au légitimaire, pour obtenir le quart au moins de sa part héréditaire *ab intestat*. Ainsi, quand le testament est nul, *injustum*, ou délaissé par les institués, *destitutum*, la *querela* est refusée au successible, qui peut venir à la succession en qualité d'héritier légitime. On la refuse également à l'impubère

adrogé qui est exhérédé et qui peut réclamer la *quarte Antonine*, aux descendants omis qui sont en droit d'invoquer la *bonorum possessio contra tabulas*, et aux petits-fils ou petites-filles qui ont la ressource du *jus accrescendi*.

Nature de la querela. — La *querela* se rapproche par sa cause de l'action d'injure, car elle se fonde sur une sorte d'injure ou injustice, que le testateur a infligée à son proche parent, en l'omettant ou l'exhérédant sans motifs sérieux : il en résulte qu'elle n'est ouverte au légitimaire qu'à défaut de tout autre moyen et qu'elle s'éteint par tous les faits qui éteignent d'ordinaire l'*actio injuriarum*.

La *querela* se rapproche par son but de la pétition d'hérédité : c'est une action réelle, qui a pour objet de faire considérer le testateur comme intestat et de procurer la succession au réclamant. Toutefois, à la différence de la pétition d'hérédité, qui est ouverte contre quiconque possède *pro herede* ou *pro possessore*, la *querela* ne peut s'intenter que contre un possesseur à titre d'institué.

Effets. — Lorsque la *querela* triomphe, elle amène la rescision totale ou partielle du testament.

Elle entraîne la rescision totale, quand un seul légitimaire a agi contre un institué ou contre plusieurs institués qui ont tous succombé. Cette rescision totale donne lieu à ouverture de la succession *ab intestat* : le légitimaire en est saisi de plein droit, parce qu'il ne saurait répudier une hérédité qu'il a demandée ; il succède ainsi à tout l'actif et à tout le passif.

La rescision totale du testament fait considérer comme non avenus les legs et affranchissements : c'est une application de la règle qui fait dépendre du sort de l'institution toutes les dispositions testamentaires ; mais il eût été préférable de suivre un autre principe, celui qui restreint aux parties en cause l'autorité de la chose jugée, et de maintenir les dispositions faites au profit de personnes qui n'avaient point figuré dans l'instance. Toutefois, pour prévenir une collusion frauduleuse entre le réclamant et l'institué, on permet aux légataires ou affranchis d'intervenir au procès et même d'interjeter appel de la sentence qui casse le testament. Du reste, quand l'institué a fait défaut, les legs et affranchissements restent valables.

La rescision n'a pas d'effets rétroactifs. Les acquisitions réalisées avant la rescision par l'esclave héréditaire appartiennent à l'institué, qui s'en trouve seulement débiteur envers le légitimaire ; de même, si l'institué a payé des legs, le paiement a transféré la propriété aux légataires, mais ils sont, après la chute du testament, passibles de la *condictio indebiti*.

Le succès de la *querela* amène une rescision partielle du testament, lorsqu'elle a été intentée contre plusieurs institués dont les uns triomphent et les autres succombent, ou par un seul de plusieurs légitimaires, ou encore par un frère du testateur, quand les institués sont l'un honorable, l'autre d'une condition humble et vile. Dans tous ces cas, le réclamant victorieux devient le cohéritier de celui des institués qui n'est pas exclu : de là résultent l'indivision des choses corporelles et le partage de plein droit des créances et des dettes. Les legs sont réduits proportionnellement à la part héréditaire acquise au réclamant ; quand l'objet en est indivisible, on prend un détour : ainsi, s'il s'agit d'une servitude, elle sera constituée, mais le légataire devra payer au légitimaire une indemnité proportionnelle à la part héréditaire de ce dernier ; s'il s'agit d'affranchissements, ils seront maintenus, mais les affranchis devront payer au légitimaire une indemnité égale à la valeur du droit qu'il aurait eu sur eux.

Le cas de la rescision partielle du testament apporte une dérogation à la règle : *nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest*. Peut-être cette règle fléchissait-elle lorsque le concours des deux ordres d'héritiers provenait d'événements indépendants de la volonté du testateur.

Sous Justinien, le succès de la *querela* entraine toujours la rescision de l'institution d'héritier, mais laisse subsister les legs et autres dispositions testamentaires : le légitimaire triomphant prend ainsi la place de l'institué.

Lorsque la *querela* est judiciairement reconnue mal fondée, le testament conserve toute son efficacité, et, pour punir le réclamant de sa plainte téméraire, on lui enlève toutes les dispositions testamentaires faites à son profit, legs, fidéicommis, qui profiteront au fisc, s'il n'y a substitution. Toutefois, cette

déchéance pour cause d'indignité ne frappe que le réclamant qui a lui-même, pour son compte, intenté l'action injuste et y a persisté jusqu'au bout. La confiscation n'atteint donc pas celui qui n'a pas agi pour son compte, comme le tuteur plaidant pour son pupille, ni celui qui n'a fait que continuer l'action à titre d'héritier du réclamant.

Extinction de la querela. — La plainte d'inofficiosité, se fondant sur une sorte d'injure, devait être, en principe, propre à la personne injustement méconnue et s'éteindre par tout fait qui laisse présumer le pardon, c'est-à-dire la renonciation à l'action. Il y a trois causes d'extinction :

1° La mort du légitimaire; toutefois, ses héritiers sont admis à continuer la *querela* poussée jusqu'à la *litis contestatio* ; de plus, ils peuvent l'introduire eux-mêmes, lorsque leur auteur avait le projet certain de l'intenter.

2° L'expiration du délai de deux ans, à l'origine, et, plus tard, de cinq ans. Ce délai court du jour de l'adition. Pour abréger l'incertitude, Justinien exige que l'institué prenne un parti dans les six mois du décès, s'il habite la même province que le légitimaire, et dans l'année, s'il n'habite pas la même province. Du reste, le légitimaire pourrait se faire relever de la déchéance résultant de l'expiration du délai en invoquant un motif sérieux et grave.

3° La renonciation expresse ou tacite : elle est expresse, notamment, quand le légitimaire écrit sur le testament qu'il renonce à l'attaquer ; elle est tacite, notamment, quand le réclamant se désiste de l'instance engagée ou bien accepte un legs ou toute autre libéralité que lui laisse le testateur.

Extension de la plainte d'inofficiosité aux donations. — Nous avons vu que la légitime n'était due que sur l'hérédité, c'est-à-dire sur les biens laissés au décès. La personne qui voulait dépouiller impunément ses héritiers légitimaires n'avait donc qu'à multiplier les libéralités entre-vifs de manière à absorber son patrimoine.

La loi *Cincia* apporta un premier tempérament à l'abus des donations entre-vifs ; mais ce correctif était insuffisant, car, pour priver ses héritiers de la succession, le donateur n'avait

qu'à adresser ses libéralités aux personnes exceptées par la loi, ou bien à multiplier indéfiniment le nombre des donations inférieures au taux légal, ou enfin à persévérer jusqu'à sa mort dans sa volonté de donner.

Une mesure de protection plus sérieuse fut établie par Alexandre-Sévère dans l'intérêt de la famille du donateur : ce prince permit aux ascendants ou descendants de poursuivre, *ad exemplum testamenti inofficiosi*, la rescision de toute donation qui les dépouillait injustement de leur quarte légitime. Du reste, la donation n'est rescindée que jusqu'à concurrence de la quarte. La *querela donationis inofficiosæ* n'est admise qu'à défaut de toute autre voie de droit. Elle n'exige pas la fraude de la part du donateur, puisque l'enfant peut demander la rescision des donations antérieures à sa naissance.

III. — Causes d'inefficacité d'un testament régulier.

Un testament est régulier, lorsqu'il réunit toutes les conditions prescrites de forme et de fond. Le testament régulier au début peut, dans la suite, manquer son effet tout en conservant sa validité ou en perdant sa validité.

Testamentum destitutum.— Le testament régulier reçoit la qualification de *destitutum*, abandonné, quand il devient inutile sans perdre sa validité : tel est le testament qui manque son effet par le prédécès ou la répudiation de l'institué, ou encore par la défaillance de la condition mise à l'institution.

Testamentum ruptum. — Le testament régulier est appelé *ruptum*, quand il manque son effet en perdant sa validité, à raison d'un événement étranger à la capacité du testateur ou de l'institué, qui vient heurter le testament et le briser. Deux faits produisent cette rupture : 1° la survenance d'un héritier sien ; 2° la confection d'un testament postérieur.

1° *Survenance d'un héritier sien.* — Nous avons vu qu'à l'époque classique, le testateur pouvait prévenir la rupture du testament en instituant ou en exhérédant, dans certains cas, les enfants qui peuvent un jour tomber sous sa puissance. Observons, à cet égard, que la survenance d'un enfant adoptif qui n'a pas été institué amène toujours la rupture du testament ; car le testateur ne peut pas exhéréder par avance les

sui heredes qui lui viendront par adoption, puisqu'il ne peut les dépouiller d'un droit qui leur est encore tout à fait étranger.

2° *Confection d'un testament postérieur.* — Le testateur peut révoquer son testament soit en détruisant matériellement l'acte testamentaire, soit en radiant toutes les institutions, soit en faisant un testament nouveau.

La confection d'un second testament révoque de plein droit le premier. Il n'en est pas de même en droit français, où les testaments postérieurs qui ne révoquent pas expressément les précédents n'annulent dans ceux-ci que les dispositions incompatibles ou contradictoires. Cette différence s'explique par cette raison que le testament romain doit porter sur tout le patrimoine.

Mais le testament postérieur n'est révocatoire qu'autant qu'il est régulier ; on n'a pas à se préoccuper du sort qui lui est réservé : la répudiation ou le prédécès du nouvel institué ne ferait pas revivre le premier testament.

Quoique *ruptum*, le testament ancien produit quelquefois des effets à raison d'une confirmation expresse ou tacite. La confirmation expresse résultera d'une clause inscrite dans le second testament, par exemple, *ut priores tabulæ valeant :* le premier testament aura alors la valeur d'un codicille et les dispositions en seront exécutoires comme fidéicommis. La confirmation tacite résultera, depuis Septime-Sévère, de ce que le testament postérieur ne contient qu'une institution d'héritier *ex certâ re*, soit pour un objet déterminé, soit pour une simple fraction de l'hérédité : ce prince décida, en effet, que la clause *ut priores tabulæ valeant* serait sous-entendue dans ce cas. La limitation des dispositions du second testament indique l'intention du testateur de transformer l'institué primitif en fidéicommissaire à titre universel. L'institué dans le second testament devra donc exécuter le premier à titre de fidéicommis et s'en tenir à la *certa res* qui lui a été assignée, pourvu qu'elle atteigne le quart de l'hérédité, part que le sénatusconsulte Pégasien réserve à tout héritier grevé d'un fidéicommis d'hérédité.

Théodose le Jeune décida qu'un testament serait révoqué

de plein droit par l'expiration du délai de dix ans. Justinien supprima cette innovation, à raison du danger qu'elle présentait pour l'exercice du droit de tester, et décida que l'expiration du délai de dix ans confirmerait tout acte de révocation, par lui-même dénué d'effets, pourvu qu'il eût été rédigé en forme authentique ou devant trois témoins capables.

Testamentum irritum. — Le testament régulier est *irritum*, quand il manque son effet en perdant sa validité, à raison d'une cause qui affecte la capacité du testateur : cette cause d'invalidité n'est autre que la *capitis deminutio* subie par le disposant. La *maxima*, *media* ou *minima capitis deminutio* transforme la personnalité juridique. Par exception, le testament qu'un fils de famille a fait sur le pécule *castrense* ne devient pas *irritum*, à la suite de son émancipation ou de son adoption : la raison en est que le testateur étant considéré comme *paterfamilias* relativement au pécule *castrense*, se retrouve, après l'émancipation ou l'adoption, dans la même situation juridique et les mêmes droits à l'égard de ces biens. La *restitutio per omnia* accordée par le prince, en cas de *maxima* ou *media capitis deminutio*, rend au testament sa vigueur primitive. Dans le cas où le *capite minutus* est mort citoyen romain et *sui juris*, c'est-à-dire investi du droit de tester, le préteur donne à l'institué le droit d'exercer une *bonorum possessio secundum tabulas* ; s'il s'agit, toutefois, d'un adrogé *sui juris*, il faut, en outre, qu'il ait manifesté l'intention de maintenir ses dispositions antérieures.

IV. — *Acquisition, répudiation et répartition de l'hérédité.*

L'acquisition de l'hérédité ne doit pas être confondue avec son ouverture. *L'ouverture* de l'hérédité est le moment où l'on peut l'acquérir : dans la succession testamentaire, l'ouverture a lieu au décès du testateur pour l'institution pure et simple, et à l'évènement de la condition suspensive pour l'institution conditionnelle ; dans la succession légitime, il y a ouverture de l'hérédité, lorsqu'il devient certain que le défunt n'aura pas d'héritier testamentaire. Acquérir l'hérédité, c'est en être investi de plein droit ou après acceptation.

A cet égard, on divise les héritiers en trois classes : les *heredes necessarii*, les *heredes sui et necessarii*, les *heredes extranei* ou *voluntarii*. Pour les *heredes necessarii* et les *heredes sui et necessarii*, le moment de l'ouverture, c'est aussi le moment de l'acquisition, c'est-à-dire qu'ils sont saisis de plein droit et continuent, même malgré eux, la personne du défunt ; au contraire, pour les héritiers externes ou volontaires, le moment de l'acquisition ne se confond plus avec le moment de l'ouverture : l'hérédité leur est simplement offerte ; ils ont le choix de l'accepter ou de la répudier. Bref, l'acquisition est forcée pour les héritiers nécessaires et facultative pour les héritiers volontaires.

Heredes necessarii. — Cette classe comprend les esclaves institués par leur maître. Deux conditions sont requises pour que l'esclave soit *heres necessarius* :

1° Qu'il ait été régulièrement institué par son maître ;

2° Qu'il acquière la liberté au même instant que l'hérédité, en vertu du testament et de la volonté spontanée du maître. Car, s'il était encore esclave au moment de la délation de l'hérédité, il ne deviendrait pas héritier, et, s'il était déjà libre, il serait héritier externe. Pour obtenir simultanément la liberté et l'hérédité, l'esclave doit avoir été sous la puissance du testateur aux deux moments de la confection du testament et de l'ouverture de la succession. On se souvient que le droit classique exigeait un legs formel de liberté et que Justinien voit une manumission tacite dans le seul fait de l'institution. L'esclave doit recevoir la liberté par pure générosité du maître ; car, s'il était tenu de l'affranchir, en vertu d'une obligation antérieure, l'esclave ne deviendrait pas héritier nécessaire.

Examinons la situation juridique de l'*heres necessarius*. La loi, en imposant l'hérédité à l'esclave, ne fait qu'interpréter fidèlement la volonté du testateur, qui ne lui a accordé la liberté qu'à charge de recueillir l'hérédité. D'après les Institutes, l'esclave n'est guère institué qu'en vue d'une succession insolvable ; l'institution n'a alors d'autre but que de sauver l'honneur du testateur, qui ne mourra pas intestat. L'insolvabilité de la succession met l'héritier nécessaire dans une situation double-

ment désavantageuse : 1° d'une part, c'est sous le nom de l'héritier qu'a lieu la *venditio bonorum*, poursuivie par les créanciers héréditaires ; c'est donc l'esclave qui est frappé d'infamie ; 2° d'autre part, lorsque le produit de la vente des biens héréditaires ne suffit pas à payer toutes les dettes, l'esclave reste personnellement tenu pour le surplus et devient passible de toutes les mesures d'exécution autorisées contre un débiteur insolvable.

Le préteur, toujours soucieux d'amender les dispositions rigoureuses du droit civil, créa en faveur de l'*heres necessarius* la *bonorum separatio*, bénéfice qui lui permet d'échapper à toute obligation personnelle envers les créanciers du défunt. Désormais, l'héritier nécessaire, après avoir payé les créanciers héréditaires dans les limites de l'actif, pourra, à l'abri de toute poursuite ultérieure, se constituer un patrimoine par son travail et les libéralités qui lui seront faites. Ce bénéfice est accordé par le magistrat à l'héritier nécessaire qui en fait la demande avant toute immixtion dans les biens.

La note d'infamie attachée à la *venditio bonorum* disparut le jour où la vente en masse fut remplacée par la vente en détail (*distractio bonorum*).

Heredes sui et necessarii. — Cette classe d'héritiers se rencontre aussi bien dans la succession légitime que dans la succession testamentaire. Les *heredes sui et necessarii* sont tous les descendants qui se trouvaient, réellement ou fictivement, sous la puissance immédiate du testateur au moment du décès : tels sont les enfants ou petits-enfants en puissance immédiate, nés du mariage ou adoptifs, la femme *in manu*, qui est assimilée à la fille, les posthumes légitimes ou Aquiliens. Mais ne sont pas *heredes sui et necessarii* les émancipés et les petits-enfants qui doivent retomber, après le décès, sous une autre puissance.

Les héritiers de cette classe sont en même temps *sui et necessarii* ; *sui*, parce qu'étant considérés comme copropriétaires du patrimoine familial, ils se succèdent, dans une certaine mesure, à eux-mêmes ; *necessarii*, parce qu'ils se trouvent saisis de l'hérédité de plein droit, indépendamment de leur volonté.

Cette délation de plein droit de l'hérédité, dès son ouverture,

avait un triple avantage : 1° toute interruption dans le culte domestique primitif était évitée ; 2° le descendant *infans* ou fou pouvait acquérir la succession paternelle, tandis que l'héritier externe doit faire adition ; 3° le décès immédiat de l'héritier sien et nécessaire ne l'empêchait pas de transmettre la succession à ses propres héritiers. Mais sa situation avait un autre aspect moins favorable : si l'hérédité était insolvable, sa qualité d'héritier nécessaire le soumettait à l'infamie résultant de la *venditio bonorum* et à l'obligation de payer les dettes de la succession *ultra vires hereditarias*.

Le préteur vient adoucir cette situation en créant le bénéfice d'abstention, *jus abstinendi*, qui permettait aux descendants d'échapper aux conséquences rigoureuses qui pourraient résulter pour eux de l'acquisition forcée de la succession : désormais, tout héritier sien et nécessaire, qui invoquera d'une façon quelconque, avant toute immixtion dans l'hérédité, ce droit d'abstention, sera affranchi de l'obligation de payer les dettes héréditaires *ultra vires* ; en outre, comme la vente des biens de la succession se fera désormais sous le nom du défunt, l'héritier sera exempté de l'infamie. Le détournement frauduleux d'un effet de la succession, alors que l'héritier a déjà manifesté l'intention de s'abstenir, non seulement l'empêcherait de se prévaloir du *jus abstinendi*, mais encore le rendrait passible des peines du vol.

Au point de vue du droit prétorien, la succession dont s'abstient le *suus heres* passe par accroissement à ses cohéritiers, ou par dévolution aux successibles que sa présence écartait, et qui sont les substitués vulgaires ou les héritiers *ab intestat*. Mais, au point de vue du droit civil, le *suus* reste héritier ; il en résulte plusieurs conséquences : 1° le *suus heres* peut revenir sur sa détermination et reprendre l'hérédité, jusqu'à la vente réalisée par les créanciers ou l'adition faite par un autre successible; 2° si le produit de la vente est supérieur au passif, l'excédant appartiendra au *suus*, pourvu, toutefois, qu'un autre successible n'ait pas fait adition ; 3° les affranchissements sont maintenus.

Héritiers externes ou volontaires. — On appelle héritiers *externes* ou *volontaires* tous les institués, parents ou non, qui,

au moment du décès, ne se trouvent pas sous la puissance du testateur. Ils se rencontrent indifféremment dans la succession testamentaire et dans la succession légitime. L'*heres extraneus* devait avoir la *factio testamenti passive* à une triple époque : 1° au moment de la confection du testament ; 2° au jour de l'ouverture de l'hérédité ; la persistance de la capacité n'est pas nécessaire entre ces deux dates, suivant la règle *media tempora non nocent* ; 3° pendant toute la période qui s'écoule entre l'ouverture et l'adition.

Droit d'option conféré à l'héritier externe. — L'héritier volontaire jouit d'un droit d'option : il peut, à son choix, ou accepter l'hérédité, en faisant adition, ou y renoncer, en faisant une répudiation. Appelé à prendre un partie sur la succession, il faut que l'héritier puisse réfléchir à toutes les conséquences qu'elle aura pour lui. Or, il n'était pas obligé, d'après le droit civil, à se prononcer après un délai fixé ; il pouvait différer indéfiniment l'adition ou la répudiation, et cette indécision parfois voulue tenait dans l'attente les successibles postérieurs, les légataires, les créanciers. Le testateur seul, à l'origine, pouvait apporter une limite aux temporisations de l'héritier, en l'instituant *cum cretione perfectâ*, c'est-à-dire en déclarant que son hérédité sera solennellement acceptée dans un certain délai, ordinairement de cent jours. Cette clause avait pour sanction la perte de l'hérédité. Toutefois, en dehors même de cette hypothèse, le droit civil offrait quelques moyens pour stimuler indirectement l'héritier externe à prendre un parti hâtif : c'est ainsi que le danger de l'*usucapio lucrativa* pouvait le déterminer à se presser ; d'autre part, les intéressés, que son irrésolution tenait dans l'expectative, cohéritiers, successibles postérieurs, légataires, créanciers, pouvaient lui demander s'il acceptait (*an heres sit*), et le forcer ainsi à se prononcer. Le préteur concilia les intérêts de l'héritier externe et des personnes dont les droits demeuraient en suspens, en fixant à l'héritier, sur la demande d'une des parties intéressées, un délai de cent jours pour délibérer et se prononcer, *tempus deliberandi*. Jusqu'à l'expiration de cette période, les créanciers n'auront pas le droit de vendre les biens héréditaires ni de

poursuivre l'héritier. Mais le terme échu, sans manifestation de volonté, l'héritier externe est censé avoir répudié la succession : il en est définitivement exclu. Justinien fixe à neuf mois le *tempus deliberandi* et décide que, faute d'une résolution prise dans ce délai, l'héritier sera réputé acceptant. Cette présomption légale d'acceptation est en contradiction avec le caractère essentiel de l'héritier externe : pourquoi lui imposer une qualité qu'il n'a pas réclamée ?

Jusqu'à l'acceptation, l'hérédité demeure *jacente*. Nous savons que l'hérédité jacente représente la personne du défunt, d'après la règle *hereditas personam defuncti sustinet* : ainsi, le défunt, par l'hérédité jacente, est réputé se survivre à lui-même, jusqu'au jour de l'adition, qui lui substitue l'héritier ; l'hérédité jacente continue donc l'usucapion et acquiert par les esclaves héréditaires.

Acceptation de l'hérédité : adition. — L'héritier volontaire accepte l'hérédité en faisant adition ; étranger jusqu'alors à la succession, il faut qu'il aille vers elle (*adire*), pour en être investi. Pour que l'adition soit valable, il est nécessaire que la succession soit ouverte et que l'héritier connaisse la nature de sa vocation à l'hérédité. Nous verrons que les lois Caducaires, afin de multiplier les chances de caducité au profit des *patres*, décidèrent que, dans le cas où il y aurait plusieurs institués, l'adition ne pourrait avoir lieu qu'après l'ouverture des tables du testament.

Caractère juridique de l'adition. — L'adition est un acte essentiellement *personnel*. Il en résulte deux conséquences importantes :

1° Elle exige la volonté de l'institué : par conséquent, les personnes incapables de volonté, comme l'*infans* et le fou, ou dont la volonté n'a pas de valeur juridique, comme l'impubère *alieni juris*, ne peuvent faire une adition. Mais cette rigueur ne tarda pas à fléchir : Théodose autorise le père ou tuteur à faire adition pour le compte de l'impubère ou du pupille *infans*, et Justinien permet au curateur du fou de le remplacer dans l'adition. Du reste, l'institué n'est pas toujours le seul qui doive consen-

tir ; car, s'il est *alieni juris*, il ne peut accepter l'hérédité sans un ordre spécial du père ou du maître.

2° Si l'institué meurt avant d'avoir fait adition, il ne transmet pas à ses propres héritiers le droit d'accepter à sa place l'hérédité ouverte : *hereditas non adita non transmittitur*. Cette règle rigoureuse reçut une atteinte sérieuse des empereurs Théodose et Valentinien, qui décidèrent qu'elle serait écartée, toutes les fois que l'institué serait un descendant du testateur et qu'il mourrait avant l'ouverture du testament, laissant lui-même pour héritiers des descendants. Enfin, Justinien voulut que tout héritier testamentaire ou légitime, mort dans le *tempus deliberandi* sans avoir répudié, transmît à ses héritiers le droit d'accepter la succession.

L'adition est, en principe, irrévocable. Toutefois, le préteur, à raison du caractère grave de l'acceptation, accordait aux mineurs de vingt-cinq ans le bénéfice de la *restitutio in integrum ob ætatem*, qui avait pour effet de rescinder l'acceptation préjudiciable. Adrien permit exceptionnellement à un majeur de revenir sur son acceptation, à raison de la découverte ultérieure d'un passif considérable ; et Gordien le permit aux militaires. Mais ce sont là des faveurs spéciales, qui ne font pas disparaitre la règle générale : *semel heres, semper heres*.

Capacité requise pour faire adition.—Pour que l'adition soit valable, elle doit émaner d'un héritier capable de rendre sa condition pire, c'est-à-dire de s'obliger. En conséquence, les femmes en tutelle et les pupilles sortis de l'*infantia* ne peuvent faire adition sans l'*auctoritas* de leur tuteur, les mineurs de vingt-cinq ans et les prodigues interdits, sans le *consensus* de leur curateur.

Formes de l'adition. — A l'époque classique, l'adition a lieu de trois manières : *cretione*, *nudâ voluntate*, *pro herede gerendo*.

La *cretio* est une formule solennelle d'acceptation prononcée au cours du délai imposé par le testateur pour faire adition : *Quod me Mævius heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque*. La *cretio* n'existe plus dans le droit du Bas-Empire.

La *nuda voluntas* est une simple déclaration de volonté, sans aucune solennité.

On accepte *pro herede gerendo*, quand on accomplit des actes d'héritier sur la succession, notamment, quand on vend ou loue un immeuble. A cet égard, l'intention seule est à considérer ; car l'institué peut faire, sans accepter, des actes conservatoires ; mais il doit avoir la précaution de déclarer devant témoins qu'il n'agit pas en vertu d'un droit qu'il s'attribue définitivement.

Ces trois procédés excluent tout terme et toute condition, à raison du caractère d'*actus legitimus* de l'adition.

Effets de l'adition. — Dès l'instant de l'adition, l'héritier succède au défunt, non seulement pour la portion qu'il accepte, mais aussi pour toutes celles qui pourront s'y trouver réunies, à son insu ou contre son gré, par suite de l'incapacité ou de la répudiation de ses cohéritiers. L'adition produit trois résultats principaux : 1° l'héritier se trouve investi de tous les droits et actions du défunt, à l'exception de ceux qui sont juridiquement intransmissibles ; 2° l'héritier est tenu d'exécuter toutes les charges imposées par le testateur ; 3° les deux patrimoines du *de cujus* et de l'héritier se confondent pour l'actif et le passif, et les droits qui existaient entre eux s'éteignent par confusion.

La confusion des patrimoines, provenant de l'adition, peut nuire soit à l'héritier lui-même ou à ses créanciers personnels, si l'hérédité est insolvable, soit aux créanciers du défunt, s'ils doivent, par suite du concours avec eux des créanciers de l'héritier sur le prix des deux patrimoines confondus, n'obtenir qu'un dividende. Ces dangers devaient appeler l'attention du législateur.

Tout d'abord, les créanciers personnels de l'héritier, lorsque l'adition d'une hérédité insolvable a été frauduleuse, peuvent obtenir du préteur une *restitutio in integrum*.

Quant aux dangers que pouvait courir l'héritier externe, la jurisprudence avait imaginé, à l'époque classique, différents procédés pratiques pour prévenir les conséquences désastreuses d'une hérédité insolvable : ainsi l'héritier pouvait se faire donner mandat par les créanciers d'accepter la succession à leurs risques et périls ; ainsi, encore, l'héritier pouvait, avant de faire adition, convoquer les créanciers sous la présidence du magistrat et leur promettre un certain dividende

moyennant la remise du surplus de leurs créances. Mais ces procédés exigeaient des lenteurs et le consentement des créanciers. Justinien remédia à tous les dangers de l'adition en créant le bénéfice d'inventaire, qui a pour effet d'empêcher la confusion du patrimoine de l'héritier avec celui du défunt.

Acceptation sous bénéfice d'inventaire. — Deux conditions sont requises pour l'acquisition de ce bénéfice : 1° L'héritier doit avoir fait adition sans se prévaloir du *jus deliberandi ;* 2° Il doit dresser, en présence de *tabularii* et de trois témoins, un inventaire, c'est-à-dire un état énumératif et descriptif de tous les biens de la succession. L'inventaire doit être commencé dans le mois de l'ouverture du testament et terminé dans les trois mois, ou, si les biens sont éloignés, dans l'année. Pendant ce délai, aucune poursuite ne peut être exercée contre l'héritier par les créanciers ou légataires.

Le bénéfice d'inventaire prévient la confusion des patrimoines : trois conséquences se dégagent de ces prémisses :

1° L'héritier n'est tenu des dettes que dans les limites du profit qu'il recueille de la succession, c'est-à-dire dans la mesure de l'actif héréditaire ;

2° Il est admis, en concours avec les autres créanciers héréditaires, à réclamer ce qui lui était dû par le défunt, de même qu'ils ont le droit de lui réclamer ce qu'il devait au défunt ;

3° Les servitudes personnelles ou prédiales exercées par l'héritier sur les biens du défunt sont maintenues, tout comme subsistent les servitudes prédiales dont son propre fonds est grevé envers un immeuble du défunt.

Séparation des patrimoines. — Si l'héritier, avant la création du bénéfice d'inventaire, courait le risque d'une hérédité ruineuse, les créanciers du défunt pouvaient craindre que le patrimoine de leur débiteur ne tombât entre les mains d'un héritier insolvable. Or, la confusion des patrimoines les exposait à subir le concours des créanciers personnels de l'héritier, alors que peut-être le patrimoine du défunt aurait suffi à les payer intégralement. Pour obvier à cet inconvénient, le préteur institua à leur profit la séparation des patrimoines, *bonorum separatio*, qui leur permettra de se faire payer sur les biens

héréditaires par préférence aux créanciers personnels de l'héritier.

Ce bénéfice est accordé, sur leur demande, à tous les créanciers, purs et simples ou conditionnels. Ils l'invoquent incidemment au moment où les biens réunis du défunt et de l'héritier, saisis par suite d'insolvabilité, vont faire l'objet d'une vente en masse : les créanciers héréditaires interviennent pour exiger la mise à part, dans le prix total, de la valeur des biens du défunt, pour leur être spécialement attribuée. Le délai pour demander ce bénéfice est de cinq ans à partir de l'adition. Le droit à la séparation des patrimoines ne peut être exercé par un créancier héréditaire qui a manifesté son intention d'accepter l'héritier pour débiteur, en recevant de lui un gage ou une caution.

L'effet principal de la *bonorum separatio* est de procurer, d'abord aux créanciers du défunt, et, après eux, aux légataires qui l'ont aussi invoquée, un droit de préférence sur le prix des biens héréditaires contre tous les créanciers même hypothécaires de l'héritier. En revanche, les créanciers de l'héritier ont un droit réciproque de préférence sur le prix de ses biens propres.

L'héritier reste, d'ailleurs, héritier : par conséquent, s'il y a un excédent d'actif, après que les créanciers héréditaires ont été intégralement désintéressés, il en profitera. L'inverse est-il vrai : les créanciers du défunt, qui n'ont pas été intégralement payés par la vente de la succession, peuvent-ils parfaire leur paiement sur la portion du prix des biens propres de l'héritier que ses créanciers n'ont pas absorbée ? Papinien leur reconnaît ce droit ; Ulpien et Paul, moins logiques, le leur refusent, par le motif qu'en invoquant la *bonorum separatio*, ils ont renoncé à poursuivre l'héritier, *recesserunt à personâ heredis* ; ce motif repose sur une vraie pétition de principes.

Il faut remarquer que la séparation des patrimoines n'appartient pas aux créanciers personnels de l'héritier ; car ils peuvent se prémunir contre l'insolvabilité de leur débiteur par une constitution de gage ou d'hypothèque, tandis que les créanciers du défunt ne peuvent, à l'avance, se garantir contre

un héritier inconnu et dont le droit n'est pas encore ouvert.

Renonciation à l'hérédité : répudiation. — La répudiation est l'acte par lequel l'héritier externe manifeste l'intention d'abdiquer son droit héréditaire. Elle est expresse ou tacite : expresse, quand elle résulte d'une volonté formelle, *nudâ voluntate* ; tacite, quand elle résulte, notamment, à l'époque classique, du silence gardé par l'héritier pendant le délai de la *cretio* ou du *tempus deliberandi*.

L'héritier doit, pour répudier, remplir les mêmes conditions de capacité que pour accepter.

La répudiation a pour effet d'écarter définitivement l'héritier de la succession et d'ouvrir le droit à l'accroissement ou à la substitution ou à l'hérédité *ab intestat*. A défaut de ces trois conséquences, la succession reste définitivement jacente, et les biens qui la composent pourront être vendus en bloc par les créanciers sous le nom du défunt.

Répartition de l'hérédité entre les institués. — Suivant la règle *nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest*, l'institué, s'il est unique, ou les institués, s'il y en a plusieurs, ont toujours une vocation éventuelle au tout. L'institué doit continuer la personne du défunt pour la totalité du patrimoine. En conséquence, l'institution *ex certâ parte* ou *ex certâ re* est réputée non écrite, et l'institué recueille toute l'hérédité. Du reste, le testateur est libre d'instituer autant d'héritiers qu'il lui plaît et de répartir entre eux la succession à son gré. Mais le résultat de ce concours doit toujours être tel que l'hérédité se trouve entièrement absorbée.

Dans la pratique, on comparait l'hérédité, dans son ensemble, à l'*as*, unité monétaire, et on la partageait en douze parties égales, *unciæ* : d'ordinaire, les testateurs romains suivaient ce calcul pour assigner les parts aux institués. Etre institué *ex asse*, c'est être institué pour le tout.

Si le testateur laisse plusieurs institués sans désignation de parts, l'hérédité se divise par fractions viriles entre les cohéritiers ; seulement ceux d'entre eux qui sont institués *conjointement*, c'est-à-dire dans la même phrase, ne comptent que pour une seule tête ; ainsi le testament porte : *Titius heres esto ;*

Séius et Mœvius heredes sunto; Séius et Mévius n'ont qu'une moitié, l'autre revient à Titius.

Si le testateur laisse plusieurs institués avec désignation de parts, on examinera si l'ensemble des parts assignées est égal, inférieur ou supérieur au tout : la somme de ces parts est-elle égale à l'unité, le testament s'exécute sans difficulté; est-elle inférieure à l'unité, le profit de la différence est répartie entre les institués conformément à la proportion suivie par le testateur; est-elle supérieure au tout, chacune des parts subit une réduction proportionnelle.

Si le testateur laisse plusieurs institués, les uns avec désignation de parts, les autres sans désignation de parts, il faut distinguer deux cas : tantôt, il n'aura pas distribué toute l'unité, alors la différence appartiendra aux institués sans désignation de parts ; — tantôt il aura consommé ou dépassé l'unité : exemple : *que Titius ait six onces; que Séius ait six onces; que Mévius soit héritier;* ou bien *que Titius ait dix onces; que Séius ait cinq onces; que Mévius soit héritier*; on suppose alors que le testateur, ayant épuisé ou excédé l'as, a entendu distribuer sa succession en deux as ou 24 onces et faire ce qu'on appelle un *dupondius* (hérédité formée de deux as) ; la part de Mévius sera, dans le premier cas, de la moitié de la succession, soit 12 onces, et, dans le second, de ce qui manque pour aller de 15 à 24, soit 9 onces.

Si le testateur institue deux héritiers, l'un sans désignation de parts, l'autre *ex certâ re*, par exemple, pour le fonds Cornélien, on efface, en principe, la mention de la *certa res*, et chaque institué, ayant une vocation à titre universel, aura droit à la moitié de la succession. Mais, afin de respecter, autant que possible, la volonté du testateur, on exécute la disposition relative à la *certa res* par voie de fidéicommis : l'héritier institué *ex certâ re* restitue à son cohéritier l'hérédité sauf le fonds qui lui a été attribué en propre, et le cohéritier non apportionné restitue le fonds et garde pour lui le reste de l'hérédité.

Le concours de plusieurs héritiers qui font adition tend à créer entre eux, relativement aux choses corporelles de l'hé-

rédité, une indivision que fera cesser le partage amiable ou judiciaire. Le partage n'est, au fond, qu'un échange : un bien est indivis, chaque copropriétaire a un droit sur chaque parcelle de ce bien ; le partage a lieu : *do ut des*, je te donne mes droits sur cette parcelle, à condition que tu me donnes tes droits sur l'autre. Comme l'échange ordinaire, le partage est donc *translatif* de propriété, c'est-à-dire opère une mutation : par suite, il ne rétroagit pas, et les droits réels dont un héritier a grevé, durant l'indivision, les biens héréditaires qui ne tombent pas dans son lot, demeurent valables.

D'après la loi française, au contraire, le partage est *déclaratif* de propriété, en ce sens que chacun des copartageants est censé avoir eu, dès le commencement de l'indivision, la propriété exclusive des biens qui lui sont finalement attribués. On dit qu'un acte est déclaratif de propriété, quand il ne fait que constater un droit de propriété préexistant. Par suite, les droits réels qu'un héritier a pu constituer, durant l'indivision, sur les biens héréditaires qui ne tombent pas dans son lot, sont à considérer comme non avenus. L'exemple suivant mettra bien en relief la portée du principe français : un fonds dominant appartient à plusieurs copropriétaires, dont l'un est mineur. Or, on sait que, tant que dure la minorité du propriétaire d'un fonds dominant, la servitude ne peut s'éteindre par le non-usage. Le partage a lieu : si cet immeuble est mis au lot du mineur, le non-usage n'a pu éteindre la servitude, parce qu'il est censé avoir toujours été propriétaire de ce fonds ; s'il est mis au lot d'un majeur, la servitude pourra être éteinte par le non-usage, car le majeur est censé avoir toujours été seul propriétaire de l'immeuble depuis la mort du *de cujus*.

Le partage a lieu de plein droit pour les créances et les dettes de la succession ; en d'autres termes, chacun des cohéritiers se trouve, après l'adition, investi d'une part de chaque créance et tenu d'une part de chaque dette, proportionnellement à sa quote-part héréditaire.

V. — *Substitutions.*

Les substitutions sont des institutions subsidiaires et condi-

tionnelles qu'un testateur prudent fait pour prévenir certaines chances de mourir intestat. Il y a quatre espèces de substitutions : 1° la substitution vulgaire ; 2° la substitution pupillaire; 3° la substitution quasi-pupillaire ; 4° la substitution fidéicommissaire ou fidéicommis *post mortem*.

Substitution vulgaire. — La substitution vulgaire, dont le nom indique qu'elle était la plus répandue, est une disposition par laquelle le testateur, après avoir institué un ou plusieurs héritiers, désigne une ou plusieurs personnes pour recueillir l'hérédité au cas où les héritiers ne pourraient ou ne voudraient la recueillir : *Titius heres esto; si Titius heres non erit, tunc Seius heres esto*. Titius est l'institué, Séius le substitué. Séius pourrait lui-même recevoir des substitués. La série des substitutions se termine souvent par un esclave : le testateur est alors assuré, si tous les autres substitués refusent à raison de l'insolvabilité de sa succession, d'avoir un héritier nécessaire et de ne pas mourir intestat. Le but principal de cette espèce de substitution était de diminuer pour le défunt les chances de mourir intestat en multipliant le nombre des héritiers testamentaires; mais elle pouvait avoir aussi pour but d'écarter l'application des principes de l'accroissement ou les conséquences des lois Caducaires, c'était lorsque le substitué figurait déjà dans le testament à titre d'institué. La substitution vulgaire est permise par le droit français.

La substitution est une institution conditionnelle, car elle est subordonnée à la défaillance ou l'inefficacité de l'institution précédente. Il s'ensuit que les règles prescrites relativement à l'institution sont exigées pour la substitution : ainsi le substitué doit avoir la *factio testamenti passive;* le testateur est tenu d'exhéréder ses *sui heredes* à l'égard de tous les substitués; le substitué n'acquiert l'hérédité que par l'adition; mais si la même personne est à la fois instituée et substituée, l'adition faite en l'une de ces qualités suffit pour que la part qui lui est déférée en l'autre qualité lui soit acquise de plein droit, à son insu, et même malgré sa volonté. La substitution est rédigée dans la forme d'une institution conditionnelle; elle peut indifféremment suivre ou précéder l'institution : *si Ti-*

tius heres non erit, tunc Seius heres esto, ou bien, *Seius heres esto, si Titius heres non erit.*

Quels sont les effets de la substitution vulgaire? En principe, le substitué ne recueille qu'à défaut de l'institué, et lorsqu'il vient à la succession, il y prend la place de l'institué.

A la règle que la substitution est subordonnée à l'inefficacité de l'institution principale, la loi *Œlia Sentia* déroge dans l'intérêt des créanciers, en décidant que si le testateur mort insolvable a institué son esclave au premier rang, tout substitué peut écarter ce dernier en faisant lui-même adition.

Il résulte encore du caractère subsidiaire de la substitution qu'il ne saurait y avoir de concours possible entre l'institué et le substitué. Néanmoins, deux dérogations à cette règle méritent d'être signalées :

1° Le testateur institue l'esclave Parthénius, qu'il croit libre, et lui substitue Mévius : *Parthenius heres esto ; si heres non erit, tunc Mævius heres esto.* L'institution de l'esclave est valable, malgré l'erreur du testateur, d'après le principe que l'erreur sur la qualité du gratifié ne vicie pas les dispositions testamentaires ; du reste, il n'est pas constant que le testateur n'eût pas également fait l'institution, s'il eût connu la qualité de l'institué. Il semble donc qu'il faudrait exclure le substitué. Mais, d'un autre côté, dans la pensée du testateur, la condition *si heres non erit* semble ne viser que le cas où Parthénius ne deviendrait pas héritier pour lui-même ou tout au moins pour un maître futur ; cette condition peut donc paraître accomplie, puisque Parthénius ne peut devenir héritier que pour le maître qu'il avait déjà lors du testament. Il semble donc qu'il faudrait appeler le substitué. Les deux décisions étaient également logiques. Mais, comme le cas se présente pour la première fois à l'occasion d'un esclave de Tibère, ce prince décida que, par interprétation de la volonté du testateur, l'hérédité serait partagée entre le maître de l'institué et le substitué. Cette interprétation de la volonté du testateur ne manquait pas de subtilité.

2° L'institué est un esclave appartenant à deux maîtres. Si l'ordre de faire adition lui est donné par un seul des maîtres,

l'esclave n'acquerra pour ce maître que la moitié de la succession, et l'autre sera attribuée au substitué, par interprétation de la volonté du testateur, qui aurait voulu faire acquérir aux deux maîtres actuels.

Le substitué, quand il vient à la succession, prend la place juridique de l'institué : en d'autres termes, il succède à l'actif et au passif et est tenu de payer les legs et fidéicommis. Ici s'impose l'examen du cas suivant : Primus, Secundus et Tertius sont institués : à Primus est substitué son cohéritier Secundus, et à Secundus est substitué Quartus, qui ne figure pas au nombre des institués. Primus et Secundus ne viennent pas à la succession ; que va recevoir Quartus ? n'aura-t-il comme substitué que la part de Secundus, sauf à partager avec Tertius celle de Primus par droit d'accroissement, ou bien recueillera-t-il seul la part de Secundus et celle de Primus ? La seconde solution prévalut et est devenue la règle : *substitutus substituto videtur substitutus instituto.*

Substitution pupillaire. — La substitution pupillaire est une institution d'héritier que fait un père de famille, accessoirement à son propre testament, pour son fils. en prévision du cas où celui-ci, après lui avoir survécu, viendrait à mourir avant sa puberté, c'est-à-dire encore incapable de tester. Le père, pour sauver son fils du danger de mourir intestat, lui substitue une personne ; en même temps, il est assuré que ses biens et son culte privé ne s'égareront pas en des mains indifférentes ou indignes. La substitution pupillaire est d'origine coutumière ; elle était déjà pratiquée au temps de Cicéron. Elle est impossible dans nos sociétés modernes, où le testament est un acte essentiellement personnel qui ne peut émaner que du propriétaire lui-même,

Caractères. — La substitution pupillaire n'est qu'une institution conditionnelle ; elle dépend de deux conditions : 1° Il faut que l'enfant devienne *sui juris*, pupille, par la mort du testateur ; sinon, il serait inutile d'exercer pour son compte un droit de tester qu'il n'aurait pas ; 2° Il faut que la mort le surprenne impubère, sinon il aurait pu exercer lui-même son droit de tester.

Le père de famille, investi de la puissance paternelle, peut seul désigner un substitué à son fils : il exerce ce droit à l'égard de tous les enfants du sang ou adoptifs, actuellement soumis à sa puissance immédiate ou médiate, et à l'égard des *posthumi sui*. Il est libre de donner un substitué à chacun de ses enfants ou seulement au dernier mourant d'entre eux. La substitution pupillaire est un attribut de la *patria potestas ;* le père peut, au moins à l'époque classique, nommer un substitué à son fils tout en l'exhérédant.

Formes. — Le père ne peut désigner un substitué à son fils qu'à la condition de faire pour lui-même un testament valable en droit civil ou prétorien. Il peut, d'ailleurs, ne faire qu'un seul testament comprenant à la fois l'institution qui lui est propre et la substitution relative à l'hérédité de son fils, ou faire deux actes séparés revêtus des formes du testament, dont le dernier comprendra la substitution pupillaire. Le testateur combinait souvent, au profit de la même personne, une substitution vulgaire et une substitution pupillaire : *filius meus heres esto ; si heres non erit, aut si decesserit intrà pubertatem, Titius heres esto.* Titius était, dans l'espèce, substitué vulgaire dans le cas où le fils ne viendrait pas recueillir les biens du père, et substitué pupillaire, si l'impubère mourait avant d'avoir pu tester lui-même. Comme cet usage était fréquent, on finit par décider que le substitué vulgaire du fils serait tacitement présumé son substitué pupillaire et réciproquement, à moins que le testament ne contînt une clause contraire.

Causes d'inefficacité de la substitution pupillaire. — La substitution pupillaire s'évanouit par voie principale ou par voie de conséquence.

Elle s'évanouit par voie principale : 1° si l'enfant meurt avant son père ; il ne peut alors avoir aucun héritier ; 2° s'il sort de la famille du vivant de son père ; 3° si l'enfant arrive à sa puberté ; le droit du substitué ne peut se prolonger au delà de la puberté, car ce serait porter atteinte à la liberté de tester du *sui juris* devenu pubère ; 4° sous le Bas-Empire, si le substitué, connaissant sa vocation, laisse s'écouler un an depuis la mort du testateur, sans provoquer la nomination d'un

tuteur à l'impubère. Dans tous ces cas, la substitution tombe, bien que le testament du père reste valable.

Elle s'éteint par voie de conséquence, à la suite de tout événement qui rend inefficace le testament paternel.

Effets de la substitution pupillaire. — Lorsqu'aucun de ces événements ne se produit et que l'enfant, devenu et resté *sui juris* après la mort de son père, meurt avant sa puberté, la substitution s'ouvre. Quels en sont les effets ? Les jurisconsultes ont hésité dans la détermination de ses effets ; les textes montrent la lutte entre deux systèmes différents : l'un, qui tend à considérer la substitution pupillaire comme une partie de l'hérédité du père ; l'autre, qui la traite comme une succession indépendante. Le premier système était seul appliqué, à l'origine ; mais, à l'époque classique, les deux doctrines sont également soutenues et admises.

Premier système : Il n'y a qu'une seule hérédité. Il en résulte que : 1° le substitué pupillaire, qui est en même temps institué dans le testament du père, ne peut accepter l'une des successions et refuser l'autre ; 2° dans la même hypothèse, l'institué qui meurt, après avoir fait adition de l'hérédité du père, transmet à ses héritiers le droit d'accepter la substitution pupillaire, comme s'il s'agissait d'un accroissement qui se produit pour une seule et même hérédité. Justinien semble pencher vers cette première doctrine et considérer les deux patrimoines comme ne formant qu'une seule hérédité.

Second système : Il y a deux hérédités distinctes. Il en résulte que : 1° le substitué pupillaire, qui est en même temps institué dans le testament du père, peut faire adition de l'hérédité de l'impubère, après avoir répudié celle du père, et réciproquement ; 2° l'institué, qui est en même temps substitué pupillaire et qui a fait adition de l'hérédité paternelle, ne transmet pas à ses héritiers, s'il vient à mourir avant l'impubère, le droit d'accepter l'hérédité du fils.

En principe, le substitué recueille tous les biens de l'impubère, non seulement ceux qui proviennent du père, mais ceux que l'enfant a pu acquérir depuis sa libération de puissance. Cette règle fléchit dans un cas spécial : un impubère, devenu

sui juris par la mort du père, s'est donné en adrogation avec l'*auctoritas* de son tuteur ; il est ensuite redevenu *sui juris* par la mort de l'adrogeant ; enfin il meurt avant sa puberté. Si deux substitutions pupillaires ont été faites, l'une par le père, l'autre par l'adrogeant, la première embrassera tout ce que l'adrogeant a dû promettre de restituer aux ayant-droit de l'impubère pour le cas où il viendrait à décéder avant sa puberté, la seconde la succession même de l'adrogeant, si l'impubère a été institué, la quarte Antonine, s'il a été exhérédé.

Le substitué supporte les dettes de l'impubère et, parmi elles, celles du testateur, si l'impubère a été institué et n'a pas usé du bénéfice d'abstention. Il doit également acquitter les legs mis à la charge de la substitution.

Substitution quasi-pupillaire ou exemplaire. — La substitution quasi-pupillaire est l'institution que peut faire un ascendant pour le compte de son descendant atteint de folie, en vue du cas où celui-ci mourrait sans avoir recouvré la raison. On a appelé cette sorte de substitution quasi-pupillaire ou exemplaire, parce qu'elle est une imitation de la précédente ; car la folie est, comme l'impuberté, une cause qui supprime l'exercice du droit de tester.

Cette substitution n'était valable qu'autant que l'ascendant testait également pour lui-même C'est Justinien qui a consacré législativement cette substitution : il n'a fait, d'ailleurs, que généraliser une mesure que les empereurs accordaient parfois à la sollicitation des pères de famille.

Soumise aux mêmes règles de fond et de forme que la substitution pupillaire, elle s'en sépare néanmoins par deux différences importantes : 1° ce n'est plus sur la puissance paternelle qu'est fondé le droit de substituer, mais sur le devoir du sang : il appartient donc à tous les ascendants ou ascendantes de la ligne paternelle ou maternelle ; 2° le testateur doit prendre le substitué parmi les descendants du fou et, à défaut, parmi ses frères ou sœurs ; ce n'est qu'en l'absence de ces parents que son choix est libre.

La substitution quasi-pupillaire s'évanouit lorsque le descendant recouvre définitivement sa raison.

VI. — *Charges imposées par le testateur à l'héritier.*

Sous la législation classique, le testateur peut imposer à son héritier deux espèces de charges, les legs et les fidéicommis.

Le legs et le fidéicommis présentent trois points de commun : 1° ils constituent des libéralités de dernière volonté ; il en résulte qu'ils restent sans effet et révocables jusqu'à la mort du disposant et ne sauraient aboutir directement à mettre en perte le gratifié qui les accepte ; 2° ils émanent du défunt, non de l'héritier ; il s'en suit que celui-ci n'est tenu de les exécuter que dans les limites de l'actif héréditaire ; 3° ils n'impliquent pas continuation de la personnalité juridique du *de cujus*.

Mais il existe entre eux de nombreuses différences : 1° le legs ne peut être fait que dans un testament ou dans un codicille confirmé, qui équivaut au testament ; le fidéicommis peut être contenu dans un acte quelconque de dernière volonté, fût-ce même un codicille non confirmé ; 2° le legs est conçu dans une formule impérative, le fidéicommis dans une formule précative ; 3° le legs ne peut être imposé qu'à un héritier testamentaire ; le fidéicommis peut l'être à l'institué, au légataire, à un héritier *ab intestat*, à un autre fidéicommissaire.

Ces dissemblances devaient disparaître insensiblement. Justinien acheva l'œuvre d'assimilation en fusionnant le legs et le fidéicommis pour les soumettre à des règles identiques.

I. — **Théorie des legs.**

Le legs est une libéralité de dernière volonté, faite sous forme impérative dans un testament ou codicille confirmé, et mise à la charge d'un ou de plusieurs héritiers testamentaires.

Classification des legs. — L'examen des différentes espèces de legs comporte trois périodes : le droit classique, le droit impérial et le droit de Justinien.

Droit classique. — Les jurisconsultes classiques distinguent quatre catégories de legs : le legs *per vindicationem*, le legs *per præceptionem*, le legs *per damnationem* et le legs *sinendi modo*. Les legs *per vindicationem* et *per præceptionem* sont des legs de propriété : le testateur y confère directement au légataire la

propriété de la chose léguée. Les legs *per damnationem* et *sinendi modo* sont des legs de créance : le testateur y investit le légataire d'une créance à poursuivre contre l'héritier.

1° *Legs per vindicationem.* — Ce legs est conçu dans une formule impérative : *Titio Stichum do lego.* A raison de son effet translatif de propriété, ce legs ne peut porter que sur des choses dont la propriété quiritaire appartient au testateur, soit à la double époque du testament et de la mort, si le legs est d'un corps certain, soit à l'époque de la mort seulement, s'il est d'une quantité. Il ne peut donc s'appliquer aux choses que le testateur a simplement *in bonis*, aux fonds provinciaux ou à la chose d'autrui.

La propriété de l'objet légué est acquise de plein droit au légataire, sans que celui-ci soit obligé d'en demander le transfert à l'héritier. La seule preuve du legs qui lui a été fait l'autorise à revendiquer : de là vient le nom de legs *per vindicationem*. Mais à quel moment précis la propriété passe-t-elle du patrimoine du testateur dans celui du légataire ? D'après l'opinion dominante, dans le cas de legs pur et simple, le légataire acquiert la propriété dès l'instant où l'héritier fait adition ; cette acquisition, qui a pu se produire à son insu, est confirmée ou anéantie rétroactivement par son acceptation ou répudiation ultérieure ; dans le cas de legs conditionnel, la propriété de la chose léguée appartient provisoirement à l'héritier *pendente conditione* et passe au légataire, sans rétroactivité, au jour de l'accomplissement de la condition.

On le voit, le legs *per vindicationem* constitue un mode d'acquérir ; il sert à l'établissement de tous les droits réels civils, servitudes prédiales ou personnelles.

2° *Legs per præceptionem.* — Ce legs était ainsi conçu : *Titiu Stichum præcipito.* Cette formule impliquait un avantage par préciput accordé à un héritier (*præcipere*, prélever ou prendre hors part). Aussi, d'après les Sabiniens, n'était-il possible qu'au profit de l'un de plusieurs institués et se réclamait-il par l'action *familiæ erciscundæ :* ainsi, suivant cette opinion, ce legs ne transfère pas la propriété de la chose léguée, mais crée une simple obligation trouvant sa base dans l'indivision

et que le juge de l'action en partage fait exécuter. Il suffit donc que le testateur ait la chose *in bonis*. Mais les Proculiens, moins rigoureux et prenant le mot *præcipere* dans le sens de *capere*, arrivaient à confondre à peu près ce legs avec le legs *per vindicationem*, et permettaient de l'adresser même à un étranger : suivant cette opinion, qui fut confirmée législativement, ce legs confère la propriété et la revendication. Quand il est fait au profit d'un étranger, il faut que le testateur ait eu la propriété quiritaire, au moment de sa mort. Mais quand il est fait au profit d'un des cohéritiers, il suffit que le testateur ait eu la propriété bonitaire, au moment de sa mort ; car le legs s'exécute dans ce cas par l'adjudication prononcée sur l'instance en partage.

3° *Legs per damnationem.* — Primitivement, ce legs était conçu à l'image d'une condamnation : *heres meus damnas esto dare* ou *facere*. Plus tard, on admit des formules équivalentes : *heres meus dato, façito*. Ce legs fait acquérir une créance contre l'héritier, soit à l'instant de l'adition, s'il est pur et simple, soit à l'arrivée de la condition, s'il est conditionnel. Cette créance investit le légataire d'une action personnelle, la *condictio ex testamento*, pour réclamer le *dare* ou le *facere* mis à la charge de l'héritier. La *condictio ex testamento* est une action qui croît au double en cas de dénégation. Le legs *per damnationem* est la plus large manière de léguer, car il s'applique à toute espèce de choses dans le commerce, chose du testateur, de l'héritier ou d'autrui, chose future, simple fait, fonds provincial ou chose *in bonis*.

4° *Legs sinendi modo.* — Ce legs était ainsi conçu : *Que mon héritier soit condamné à laisser faire, damnas esto sinere*. Il ne porte valablement que sur une chose qui se trouve, au jour du décès, dans le patrimoine du testateur ou de l'héritier, sans distinction entre la propriété quiritaire ou prétorienne et les fonds provinciaux. A l'origine, l'héritier n'avait qu'une sorte d'obligation passive plutôt qu'active : il n'avait pas à faire tradition, il devait seulement supporter que le légataire se mit lui-même en possession de la chose léguée pour l'usucaper. Mais, on finit par décider que le légataire aurait contre

l'héritier une action de créance, la *condictio ex testamento*, pour l'obliger à lui transférer la propriété.

Droit impérial. — La législation impériale s'attacha à corriger le défaut de la théorie classique, qui était de faire dépendre l'intention du testateur des termes de la formule. Le sénatusconsulte Néronien décida que tout legs, qui serait nul, à raison de la formule employée improprement par le testateur, aurait désormais la valeur d'un legs *per damnationem*. Ainsi valaient *per damnationem*, notamment, le legs *per vindicationem* d'un corps certain dont le testateur n'a la propriété qu'au moment du décès et le legs *sinendi modo* d'une chose n'appartenant ni au testateur ni à l'héritier.

La jurisprudence fut amenée à admettre, par une conséquence logique, que le légataire aurait le droit de considérer comme fait *per damnationem* tout autre legs valable et de substituer à l'action en revendication ou *familiæ erciscundæ* la *condictio ex testamento*, s'il y trouvait avantage.

Un second pas vers la fusion des legs fut fait, lorsque les fils de Constantin abolirent les formules solennelles. Les quatre espèces de legs continuent à subsister, mais leur nature et leurs effets résultent de l'intention du testateur et non des termes qu'il a employés.

Législation de Justinien. — Justinien opère la fusion des quatre sortes de legs ; il n'y a plus désormais qu'une classe unique de legs. Ils confèrent au légataire un droit de propriété, un droit de créance et une hypothèque tacite ; par suite, le légataire est investi, pour poursuivre son legs, de la revendication, de la *condictio ex testamento* et de l'action hypothécaire. Il exercera utilement la revendication, lorsque le legs porte sur corps certain dont la propriété appartenait au testateur ; cette action réelle le soustrait au concours des créanciers de l'héritier. Il exercera la *condictio ex testamento*, dans le cas où le legs porte sur un fait, sur la chose d'autrui, sur un genre qui manque dans la succession. L'action quasi-Servienne, qui sanctionne l'hypothèque tacite portant sur tous les biens héréditaires, confère au légataire l'avantage d'être préféré aux créanciers personnels de l'héritier et de

suivre les biens entre les mains des tiers acquéreurs. Cette hypothèque ne grève, avant le partage, la part de chaque héritier que dans la mesure de ce qu'il doit supporter personellement dans la dette du legs; chaque héritier ne peut donc, avant le partage, être poursuivi par l'action hypothécaire que dans la limite où il peut l'être par l'action personnelle : ainsi, il y a deux héritiers et un legs de 10.000, chacun d'eux n'est passible de l'action personnelle que pour 5.000; l'action hypothécaire ne sera exercée contre chacun d'eux que pour 5.000. Cette solution n'est-elle pas contraire à l'indivisibilité de l'hypothèque, qui consiste en ce que chaque parcelle de la chose hypothéquée répond de toute la dette ? Non, car, pour que la règle de l'indivisibilité s'applique, il faut qu'il n'y ait, dès le début, qu'une seule dette et une seule hypothèque; or, ici, dès le jour de l'ouverture de la succession, il y a autant de dettes que d'héritiers, et autant d'hypothèques distinctes que de dettes; l'hypothèque est donc née divisible avec la dette divisible. Après le partage, il n'en est plus de même : les biens sont passés entre les mains de chacun des héritiers, et le légataire pourra exercer son droit de suite contre chacun de ces biens pour la totalité de son legs; chaque héritier pourra donc être poursuivi hypothécairement pour le tout; en d'autres termes, toute chose héréditaire, mise dans le lot d'un cohéritier, s'y trouvera grevée de l'hypothèque non seulement pour la propre part de ce dernier dans la dette du legs, mais pour les parts que devaient supporter les cohéritiers dont il est l'ayant-cause. Le partage a un effet translatif, car il implique une sorte d'échange : chaque héritier a conservé en partie la part indivise qu'il avait déjà sur les choses héréditaires, et a acquis en partie la part indivise de ses cohéritiers.

Place des legs. — A l'origine, le principe d'après lequel tout ce que contenait le testament découlait de l'institution, était une *delibatio hereditatis*, entraînait la nullité de tout legs qui ne suivait pas l'institution dans le testament; on disait que l'héritier était indispensable pour supporter la charge et que c'était l'institution qui le créait. Justinien décida que la nullité du legs ne dépendrait plus de l'ordre matériel suivi dans les dispositions testamentaires.

De l'objet des legs. — Le legs ne peut avoir pour objet qu'une chose susceptible d'entrer dans le patrimoine du légataire. Sont donc radicalement nuls les legs d'une chose inexistante, d'un fait illicite ou d'une chose hors du commerce. La nullité du legs empêche le légataire de réclamer non seulement la chose léguée, mais encore son estimation.

Au point de vue de leur objet, les legs peuvent être distingués en trois catégories : 1° le legs de choses corporelles ; 2° le legs de choses incorporelles ; 3° le legs d'une *universitas juris*. Le testateur, en faisant un legs, se propose de créer, de transférer ou d'éteindre un droit au profit du légataire.

Legs de choses corporelles. — Le legs de choses corporelles peut porter sur un corps certain, un genre ou une quantité, ou une chose future.

1° *Legs d'un corps certain.* — Quand la chose léguée appartient à l'héritier, le legs est valable, alors même que le testateur l'aurait crue sienne, car l'héritier n'a pas besoin de l'acquérir pour exécuter le legs. Quand elle appartient au légataire, le legs est nul, s'il est pur et simple, mais valable, si, étant fait sous condition, la chose est sortie du patrimoine du légataire à l'arrivée de la condition. Quand elle appartient à un tiers, le legs est valable à la condition que le testateur sache que la chose est à autrui ; le legs est donc nul, s'il est établi que le testateur ignorait que la chose fût à autrui ; car on présume que, s'il avait su que la chose appartînt à un tiers, il n'aurait pas voulu imposer à son héritier l'obligation onéreuse de se la procurer. Mais qui doit prouver que le testateur connaissait le droit du tiers ? C'est le légataire, puisque c'est lui qui réclame le legs. On présume donc l'erreur du disposant.

2° *Legs d'un genre ou d'une quantité.* — Exemple : je lègue un cheval ou vingt mesures de froment. Le légataire ne peut exiger une chose de la meilleure qualité et l'héritier ne peut l'imposer de la plus mauvaise.

3° *Legs d'une chose future.* — Exemple : je lègue la récolte que donnera tel fonds ; la disposition est alors affectée de la condition tacite que la chose prendra naissance.

Legs de choses incorporelles. — On distingue six sortes

de legs de choses incorporelles : le legs de droit réel, le legs de créance, le legs de dette, le legs de libération, le legs d'un fait et le legs d'option.

1° *Legs de droit réel.* — Le legs est le mode de constitution le plus fréquent des servitudes prédiales ou personnelles ; il sert également à établir les droits réels prétoriens d'hypothèque, de superficie et d'emphytéose.

2° *Legs de créance.* — Ce legs ne transfère pas directement le droit du défunt au légataire, puisque les créances ne peuvent se transmettre à titre particulier, à raison du rapport immuable entre le créancier et le débiteur ; c'est l'héritier, continuateur de la personne du créancier, qui se trouve investi de la créance. Mais le legs ne sera pas dénué d'effet : il obligera l'héritier à donner, par la *procuratio in rem suam*, mandat au légataire d'exercer l'action contre le débiteur ; si l'héritier refusait de procéder à cette cession d'action, on la tiendrait pour accomplie et on investirait le légataire d'une action utile contre le débiteur. L'héritier ne garantit, d'ailleurs, ni l'existence de la créance, ni la solvabilité du débiteur.

3° *Legs de dette.* — C'est le legs fait par un débiteur à son créancier de ce qu'il lui doit. Au premier abord, on peut se demander quelle libéralité fait un débiteur qui lègue à son créancier ce qu'il lui doit déjà. Mais il faut remarquer que ce legs n'est valable qu'à la condition de procurer au légataire un avantage jusqu'alors étranger à son droit de créancier. C'est ce qui a lieu, lorsque la dette primitive n'était que naturelle ou productive d'une action temporaire ; le legs la rend civile et lui attache une action perpétuelle. De même, si la dette originaire était à terme ou conditionnelle, le legs la rend immédiatement exigible ou certaine. Sous Justinien, le legs de dette présentera presque toujours un avantage pour le légataire, à raison de l'hypothèque tacite qui garantira le paiement de sa créance.

Le cas le plus fréquent du legs fait par un débiteur à son créancier était celui que le mari faisait à sa femme, en lui léguant la dot qu'il doit, en principe, lui restituer. La *relegatio dotis* est toujours valable, car elle donne des avantages réels :

en effet, ce legs permet à la femme d'exiger une restitution immédiate des biens et d'éviter les rétentions que le mari peut opposer dans l'action *rei uxoriæ*.

Le legs de dette est nul, en principe, quand il n'y a pas d'obligation ; mais si le testateur a désigné une somme ou une chose déterminée comme l'objet de sa prétendue dette, il est valable; on ne peut pas dire, dans ce cas, que la disposition soit nulle faute d'objet; la fausse cause attribuée à la chose importe peu, *falsa causa non nocet.*

4° *Legs de libération.* — Le legs de libération est adressé par le créancier ou par un tiers au débiteur pour le libérer de tout ou partie de sa dette.

Emané du créancier, il n'éteint pas la dette, parce que ce n'est pas un mode d'extinction, mais il arme le légataire d'une exception de dol contre l'action de créance de l'héritier et donne même au légataire, pour lui éviter une poursuite toujours imminente, la *condictio ex testamento*, qui lui permettra de réclamer de l'héritier sa libération.

Emané d'un tiers, le legs de l'acquittement oblige l'héritier soit à payer la dette du légataire, soit à lui en rembourser le montant, soit à lui procurer sa libération d'une manière quelconque.

5° *Legs d'un fait.* — Il y a legs d'un fait, lorsque l'héritier doit, au profit d'un tiers, faire, ne pas faire ou tolérer certains actes licites ; exemple : *que mon héritier soit condamné à rebâtir la maison de Titius ;* le légataire Titius aura la *condictio ex testamento* contre l'héritier pour l'obliger à reconstruire sa maison et, à défaut, à lui payer une indemnité qui sera évaluée par le juge.

6° *Legs d'option.* — Le legs d'option investit le légataire de la faculté de choisir un ou plusieurs objets héréditaires, comme un esclave, une bête de somme, un meuble. Le legs d'option a un objet incorporel, car ce qui est légué, ce n'est pas une chose, c'est le droit de choisir. C'est toujours le légataire qui choisit et son option peut porter sur une chose de la meilleure qualité. L'option est essentiellement personnelle, parce que le choix de l'un peut ne pas être celui de l'autre :

si donc le légataire meurt avant d'avoir réalisé son option, il ne transmet pas à ses héritiers le droit de choisir. S'il y a plusieurs légataires de ce legs, il faut qu'ils s'entendent sur le choix, à peine de nullité du legs. Justinien déclare ce legs transmissible; en outre, il décide qu'en cas de dissentiment entre colégataires, l'option sera attribuée par le sort à l'un d'entre eux.

Legs d'une universitas juris. — Ce legs s'applique à un ensemble de choses corporelles ou incorporelles : les principaux exemples de ce legs sont le legs d'un pécule, le legs d'un magasin ou d'un troupeau, et le legs partiaire.

Legs d'un pécule. — Le legs du pécule peut être fait à l'esclave en l'affranchissant ou à un tiers.

L'affranchissement testamentaire, à la différence de l'affranchissement entre-vifs, n'emporte pas de plein droit attribution du pécule à l'esclave, il faut que le pécule ait été légué. Le pécule laissé à l'esclave comprend tout ce qui s'y ajoute depuis le décès jusqu'à l'adition d'hérédité ; car, lorsque le legs s'adresse à l'esclave, le *dies cedit* fixant la consistance des objets légués est reculé jusqu'à l'adition.

Lorsque le legs est adressé à un tiers, le *dies cedit* a lieu au décès du testateur ; c'est donc à ce moment que se fixe la consistance du pécule ; les acquisitions postérieures profiteront à l'héritier.

Du reste, les créances ou dettes du pécule demeurent sur la tête de l'héritier ; mais, comme il faut considérer l'intention du testateur, il interviendra entre l'héritier et le légataire des stipulations réciproques, en vertu desquelles l'héritier promet de tenir compte au légataire du bénéfice des créances et le légataire de tenir compte à l'héritier du paiement des dettes.

Legs d'un magasin ou d'un troupeau. — Le légataire profitera de tout ce qui s'ajoute à la chose léguée depuis la confection du testament jusqu'au *dies cedit.* Si le legs d'un troupeau est réduit à une seule tête, il s'exécutera au profit d'un légataire de propriété, qui pourra réclamer la tête ; mais il sera non-avenu, si c'est un legs d'usufruit.

Legs partiaire. — On appelle legs *partiaire* celui qui porte

sur une quote-part, la moitié, le quart, des biens héréditaires. Ce legs n'a pas pour résultat de faire du légataire un continuateur de la personne; le légataire partiaire n'est pas un cohéritier. Il en découle que les créances et les dettes du défunt passent toutes sur la tête de l'institué, seul investi ou passible des actions héréditaires. Mais il intervient entre eux des stipulations réciproques, pour assurer au légataire sa part dans le produit de chaque créance et l'obliger à rembourser à l'héritier ce que celui-ci aura payé au delà de sa part dans l'acquittement des dettes. Le légataire ne peut pas, en vertu de ce legs, se considérer comme propriétaire des choses corporelles, car il n'est pas institué ; il n'a pas l'action *familiæ erciscundæ*, mais seulement la *condictio ex testamento*. Les Proculiers admettaient qu'il pouvait demander sa portion de chaque chose en nature; les Sabiniens soutenaient qu'il avait droit seulement à la valeur de sa part en argent. A l'époque de Justinien, ce legs se confond avec le fidéicommis à titre universel.

Des personnes dans le legs. — Tout legs met en présence trois personnes : le disposant, le légataire et le grevé.

Disposant. — Le legs se faisant dans l'acte testamentaire, le disposant doit jouir de la *factio testamenti active*.

Légataire. — Pour recevoir valablement un legs, il faut avoir la *factio testamenti passive* avec le testateur au jour du testament et au moment de l'ouverture du legs (*dies cedit*). Cette règle excluait, à l'époque classique, les personnes incertaines ; mais, plus tard, les cités, les corporations autorisées, les posthumes obtiennent successivement la *factio testamenti*.

A côté de la capacité d'être nommé légataire, il y a la capacité de recueillir le bénéfice du legs (*jus capiendi*) ; les latins juniens, les *cœlibes*, les *orbi*, peuvent être nommés légataires, mais ils ne profitent de la libéralité que s'ils se sont mis en règle avec la loi dans le délai prescrit.

L'héritier, quoique doué de la *factio testamenti passive*, ne peut être nommé légataire ; car, il y aurait là une impossibilité d'exécution résultant de ce que le débiteur du legs en serait en même temps le créancier. Le testateur ne peut donc faire un legs au profit de son unique institué. Mais, s'il institue plu-

sieurs héritiers, il est libre d'avantager l'un d'eux par un legs appelé *prælegatum*, qui s'exécutera seulement pour les fractions imposées aux cohéritiers du légataire : supposons quatre héritiers et un legs du fonds Cornélien fait à l'un d'eux ; ce legs est nul pour le quart du fonds qui appartient déjà au légataire à titre d'institué ; il est valable pour les trois quarts qui appartiennent aux autres cohéritiers.

L'esclave d'autrui peut jouer le rôle de légataire, pourvu que son maître ait la *factio testamenti passive* avec le défunt.

Grevé. — Avant Justinien, peuvent seuls être chargés de legs les héritiers régulièrement institués dans le testament. Chaque héritier supporte dans la charge des legs une part proportionnelle à sa part héréditaire, à moins que le testateur n'ait spécialement désigné celui des institués qui doit acquitter tels legs déterminés. Du reste, aucun d'eux ne subit les legs au-delà de ce qu'il retire de la succession.

Mais, lorsque Justinien eut assimilé les legs aux fidéicommis, le disposant put valablement grever de legs tous ceux qui prennent quelque chose dans sa succession, héritiers testamentaires, légataires, fidéicommissaires, héritiers *ab intestat*.

Modalités dans les legs. — Les modalités suspensives sont librement admises dans le legs. Mais les modalités résolutoires entrainent, à l'époque classique, la nullité du legs ; nous avons vu, au contraire, que ces mêmes modalités sont réputées non écrites dans l'institution d'héritier, parce qu'on ne veut pas que le testateur meure intestat. Justinien déclare les modalités résolutoires efficaces dans les legs et valide les legs faits, soit pour une époque postérieure à la mort de l'héritier ou du légataire, soit pour la veille de leur mort, que l'ancienne jurisprudence considérait à tort comme nuls.

Les règles des institutions conditionnelles sur le cas de la caution Mucienne et sur l'effet des conditions impossibles ou illicites dans les institutions sont applicables aux legs conditionnels.

Mais il y a lieu de mentionner une sûreté particulière que le droit prétorien permet au légataire à terme ou sous condition d'exiger de l'héritier, pour garantir le paiement de son

legs : c'est la *cautio legatorum*, qui consiste dans une promesse personnelle de l'héritier, qui prévient tout débat ultérieur de sa part sur la validité ou l'étendue du legs, et dans une satisdation, qui prévient le danger de son insolvabilité au moment de l'exigibilité du droit. Le refus de cette sûreté entraine un envoi en possession des biens héréditaires, à titre conservatoire.

Des charges imposées au légataire. — Le testateur peut imposer une charge au légataire ; par exemple, de lui élever un monument. Le legs *sub modo* ne cesse pas d'être pur et simple. Il suffit, pour que le légataire obtienne la délivrance de son legs, qu'il donne caution d'exécuter la charge imposée. En outre, si l'exécution du *modus* devient impossible par cas fortuit, le légataire conserve le bénéfice du legs.

Du motifs des legs. — Le legs a sa cause dans un sentiment de bienveillance pour le légataire ; cette cause lui sert de base juridique. Dès lors, le testateur n'a pas besoin d'indiquer le motif qui l'a inspiré ; ajoutons que l'indication même d'une cause inexacte ne vicie pas la disposition : *falsa causa non nocet ;* la pensée bienveillante qui a dicté la disposition lui sert de cause suffisante. Mais le legs fait *nomine pœnæ*, à titre de peine pour l'héritier, c'est-à-dire fait, moins pour gratifier le légataire que pour imposer à l'héritier l'obligation de faire un certain acte ou de s'abstenir d'un fait déterminé, était déclaré nul, comme n'étant pas inspiré par un sentiment de bienveillance envers le légataire. Exemple : je lègue cette maison à Titius, si mon héritier ne m'élève pas un monument dans les six mois de mon décès. Justinien valide le legs *nomine pœnæ*, sauf dans le cas où le testateur aurait voulu punir son héritier de ne pas accomplir un acte illicite ou immoral.

Moment de la fixation éventuelle du droit du légataire : dies cedit. — Le legs, au moment de la confection du testament, ne constitue pas un droit pour le légataire ; ce n'est qu'une espérance fragile et toujours révocable. Mais il vient un jour où ce legs qui n'était que conçu prend naissance, où cette espérance se transforme en un droit qui se fixe sur la tête du légataire, droit éventuel encore, tant que l'héritier n'a pas fait adition, mais droit qui compte dans le patrimoine

du légataire et qu'il peut transmettre à ses propres héritiers. Or, ce moment, c'est le *dies cedit* ; ces mots signifient : le jour de l'exigibilité du legs s'avance ; et, quand ce moment arrivera, on dira : *dies venit,* le jour est venu. Ces expressions se rencontrent également dans les obligations : on dit, lorsqu'une dette naît : *dies cedit*, et lorsqu'il faut la payer : *dies venit.* A partir du *dies cedit*, le légataire a bien un droit éventuel, qui peut disparaître si l'héritier ne fait pas adition, mais ce droit est désormais indépendant des lenteurs et des caprices de l'héritier ; aussi le retard que celui-ci pourra mettre à faire adition n'empêchera-t-il pas le légataire de transmettre son droit à ses héritiers, s'il vient à prédécéder. En résumé, le *dies cedit* est le jour où le legs, jusque-là simple espérance, devient pour le légataire un droit éventuel, que l'adition rendra définitif et qui s'exécutera lorsque arrivera le *dies venit.*

Pour déterminer le moment de la fixation éventuelle du droit, *dies cedit*, il faut distinguer entre les legs purs et simples ou à terme certain et les legs conditionnels ou à terme incertain.

Le legs est-il pur et simple ou à terme certain : l'ancien droit place le *dies cedit* à la mort du testateur ; dans le droit classique, une disposition des lois Caducaires le reculait jusqu'à l'ouverture du testament, *apertura tabularum,* qui avait lieu trois ou cinq jours après le décès. Justinien, revenant à l'ancien droit, le place au décès du testateur.

Le legs est-il conditionnel ou à terme incertain : le *dies cedit* se produit à l'arrivée de la condition ou du terme incertain. Si le légataire meurt avant l'accomplissement de la condition ou l'arrivée du terme, ses héritiers ne sauraient recueillir une libéralité dont il n'avait que l'espérance et qui ne comptait pas dans son patrimoine.

La loi avait eu raison de subordonner la fixation du *dies cedit* à un évènement indépendant de la volonté de l'héritier ; car si elle avait fixé le *dies cedit* au jour de l'adition, l'héritier aurait pu capricieusement retarder l'adition, au préjudice du légataire, qui était ainsi exposé à perdre le bénéfice de son legs.

Les règles générales sur la fixation du *dies cedit* comportent trois exceptions principales :

1° Le legs fait par le testateur à l'esclave qu'il affranchit par testament n'a son *dies cedit* qu'au moment de l'adition ; car, à ce moment, l'esclave deviendra libre, et le droit au legs pourra prendre naissance à son profit. Si le *dies cedit* avait lieu au jour de la mort, comme à cette époque l'esclave appartient encore à l'hérédité, le legs serait nul, parce que l'héritier qui en est débiteur en deviendrait créancier par l'intermédiaire de l'esclave.

2° Le legs d'usufruit, d'usage ou d'habitation n'a son *dies cedit* qu'au jour de l'adition, si le legs est pur et simple, et, au jour de l'échéance du terme, si le legs est à terme certain ou incertain. Le motif en est que ces servitudes sont exclusivement attachées à la personne du titulaire : dès lors, à raison de cette intransmissibilité, il n'importait nullement aux héritiers du légataire que le moment de la fixation du droit fût avancé et il était préférable de le placer à l'instant même où le légataire pourrait entrer en jouissance ; car, en reculant le *dies cedit* à ce moment, on permettait au légataire d'échapper au danger de se voir dépouillé de son droit par une *capitis deminutio* antérieure à l'adition ou à l'arrivée du terme.

3° Le legs d'usufruit fait à l'esclave d'une hérédité jacente n'a son *dies cedit* qu'à celle des deux aditions qui est faite la dernière. Il n'a pas lieu avant l'adition de l'hérédité du testateur qui a légué l'usufruit, puisque le legs des servitudes personnelles ne peut avoir son *dies cedit* avant l'adition ; il ne peut se produire non plus avant l'adition de l'hérédité jacente, puisque, tant que cette hérédité n'est pas acceptée, il n'y a pas de droit d'usufruit possible.

Quels sont les intérêts pratiques du *dies cedit ?* La détermination précise du *dies cedit* importe à quatre points de vue principaux :

1° Le légataire doit être vivant et capable au moment du *dies cedit*.

2° Le *dies cedit* rend transmissible le droit éventuel du légataire ; s'il meurt avant que l'adition de l'hérédité lui ait permis de transformer ce droit éventuel en droit définitif, ses héritiers ou successeurs universels pourront le recueillir à sa place.

3° Lorsque le légataire est en puissance, le *dies cedit* détermine la personne qui profitera du legs : en effet, c'est la personne investie de la puissance au moment du *dies cedit* qui recueille la disposition, alors même que le légataire deviendrait *sui juris* ou changerait de puissance avant l'acquisition définitive du legs.

4° Le *dies cedit* fixe la consistance du legs : le droit éventuel du légataire porte sur la chose telle qu'elle est à ce moment, c'est-à-dire avec les augmentations ou diminutions qu'elle a pu recevoir depuis la confection du testament jusqu'au *dies cedit* : ainsi le legs d'un troupeau porte sur toutes les têtes qui le composent au jour du *dies cedit*.

Moment de l'exigibilité du droit du légataire : dies venit. — Les effets du *dies cedit* sont purement éventuels jusqu'à l'adition ; le droit au legs ne devient définitif qu'au jour de l'adition : dès ce moment, le légataire seul pourrait le faire évanouir par la répudiation. Le *dies venit* est le moment où le légataire peut exiger l'exécution du legs. Lorsque le legs est pur et simple, le *dies venit* se produit au jour de l'adition, si l'héritier institué est un héritier volontaire, au décès du testateur, si c'est un héritier nécessaire. Lorsque le legs est à terme ou conditionnel, le *dies venit* se place à l'échéance du terme ou à l'arrivée de la condition, si ces évènements se produisent après l'adition, sinon au moment de l'adition, car on ne peut jamais réclamer un legs avant que l'héritier n'ait accepté la succession.

Le seul intérêt du *dies venit* est de déterminer le jour à partir duquel le légataire peut exercer contre les débiteurs du legs les actions qui lui compètent. Du reste, avant l'exigibilité, le légataire pourrait prendre diverses mesures conservatoires de son droit éventuel, notamment, exiger la *cautio legatorum* et demander la séparation des patrimoines.

De la délivrance des legs. — Le droit au legs devient définitif au jour de l'adition ; mais, après l'adition, une acceptation expresse ou tacite est nécessaire pour faire entrer définitivement le legs dans le patrimoine du légataire.

La chose léguée doit être livrée telle qu'elle est au moment

du *dies cedit*, c'est-à-dire avec tous ses accessoires et avec les augmentations ou diminutions qu'elle a pu recevoir depuis le testament jusqu'à ce moment. C'est par application de ce principe que le legs d'une maison comprend les marbres, les colonnes et, d'une manière générale, tous les embellissements ou agrandissements, tels que construction nouvelle sur le fonds légué ou augmentation de l'enceinte de l'enclos légué, qu'elle a pu recevoir depuis la confection du testament jusqu'au *dies cedit*.

Si la chose léguée est grevée de droits réels, servitudes prédiales, usufruit, hypothèque, le légataire est-il tenu de la prendre avec cette charge, sans pouvoir exiger que l'héritier la dégrève ? Il faut distinguer :

S'agit-il de servitudes prédiales, le légataire doit les supporter, à moins que le fonds ne lui ait été légué *uti optimus maximusque* ; dans ce dernier cas, il est évident que le testateur a voulu que l'héritier rachetât la charge ou payât une indemnité au légataire.

S'agit-il d'un usufruit : si le testateur en a connu l'existence, l'héritier doit racheter le droit d'usufruit ou en payer la valeur au légataire, car le testateur a légué en partie la chose d'autrui ; si le testateur en a ignoré l'existence, le legs ne vaut présentement que pour la propriété, mais l'usufruit viendra s'y réunir nécessairement plus tard, lorsque se produira l'une des causes d'extinction propres à ce droit.

S'agit-il d'une hypothèque : si le testateur en a connu l'existence, l'héritier est tenu d'en affranchir la chose léguée, en payant le créancier hypothécaire ; car le légataire n'est pas tenu des dettes héréditaires ; si le testateur en a ignoré l'existence, l'hypothèque reste à la charge du légataire ; mais, comme celui-ci ne doit pas en définitive supporter les dettes du testateur, il aura, en vertu d'une cession d'actions tacite, un recours contre l'héritier pour se faire rembourser la somme qu'il aura payée au créancier hypothécaire.

Nullité des legs. — Nous avons déjà vu que la nullité de l'institution entraîne comme conséquence la nullité du legs. Mais il y a des causes de nullité propres au legs : les unes at-

teignent le legs dès le jour de la confection du testament, *ab initio*, les autres l'atteignent après la confection du testament, *ex post facto*.

Legs nuls dès le jour de la confection du testament. — Sont nuls, dès l'origine, *pro non scriptis* : 1° dans l'ancien droit, les legs non revêtus des formes légales ou placés avant l'institution d'héritier ; 2° les legs faits à une personne n'ayant pas la *factio testamenti passive* ; 3° les legs d'une chose hors du commerce ou ayant pour objet des faits illicites ; 4° les legs qui sont laissés à la pure volonté d'un tiers, *si Titius voluerit* ; 5° avant Justinien, les legs *post mortem legatarii vel heredis* ; 6° avant Justinien, les legs faits *nomine pœnæ*.

Dans tous ces cas, la nullité originaire du legs est irrévocable, suivant le principe *quod ab initio nullum est tractu temporis convalescere non potest*, l'acte nul à l'instant de sa confection demeure irremédiablement nul ; rien ne peut lui donner après coup la vie qu'il n'a pas eue dès le début. Ainsi, je lègue même sous condition une chose hors du commerce ; quoique, à l'arrivée de la condition, la chose soit dans le commerce, le legs ne pourra pas s'exécuter, car nul dès le début il restera toujours nul. Il y avait là un *obstacle de droit*, dont la loi ne permettait pas d'envisager la disparition éventuelle, et qui entraînait une nullité absolue.

Mais, à côté des legs qui viennent heurter une prohibition légale, il y en a d'autres qui se trouvent en lutte avec un simple *obstacle de fait* purement accidentel et transitoire, qui en rend l'exécution actuellement impossible. Exemple : on lègue à une personne une chose qui lui appartient ; bien que cette chose soit dans le commerce, le legs ne peut s'exécuter tant que la chose reste la propriété du légataire, car on ne peut acquérir ce qui vous appartient déjà. Mais que le légataire aliène sa chose après la confection du testament, le legs pourrait s'exécuter à la mort du testateur. Or, faut-il déclarer ce legs nul dès l'origine et sans retour, suivant la règle que ce qui est nul dès le début est toujours nul ? Les jurisconsultes hésitèrent, et l'on se demanda, relativement au legs dont s'agit, quelle était au juste son origine, *initium*, pour y reporter le

moment où l'on pourrait apprécier la nullité; les uns disaient : c'est la confection du testament, car le testateur dispose de ses biens comme s'il allait mourir à ce moment ; les autres disaient : c'est la mort, car le legs ne produit aucun effet avant cette époque. Pour mettre fin à la controverse, Caton le Censeur proposa une règle, qui prévalut sous le nom de règle *Catonienne*, et qui peut être ainsi libellée : *Toutes les fois que la survenance immédiate de la mort du testateur, après la confection du testament, rendrait impossible l'exécution du legs, le legs est nul et restera toujours nul.* On fait remonter par la pensée la mort du testateur au jour de la confection de son testament ; c'est la mort qui est l'*initium*, mais la mort qu'on reporte au jour du testament.

Or, on voit aisément que cette règle soustrait à l'application du principe qu'elle pose tous les legs qui n'ont pas leur *dies cedit* au moment de la mort et, en particulier, les legs conditionnels : ces legs seront sauvés de la nullité, pourvu qu'ils puissent s'exécuter au moment du *dies cedit* qui leur est propre. Car on aurait beau reporter le décès du testateur au moment de la confection du testament ; il ne serait pas question d'exécuter le legs avant le *dies cedit* qui se place plus tard, et l'obstacle a le temps de disparaître dans l'intervalle. Le sort d'un tel legs est donc en suspens ; il ne saurait tomber que par la persistance de l'obstacle jusqu'au *dies cedit.*

La règle Catonienne ne s'applique pas aux *Leges novæ* (lois *Junia Norbana*, *Julia* et *Pappia Poppæa*), qui ne se réfèrent pas à un obstacle de fait et ne créent pas une incapacité juridique d'être légataire, mais établissent une simple incapacité de recueillir. Or, cette question de capacité ne s'apprécie pas à la mort du testateur, et si l'on déclarait nul le legs fait, par exemple, à une personne célibataire, cette personne ne serait pas encouragée à se marier et à avoir des enfants ; il convient donc de laisser son legs en suspens ; c'est ce que signifient ces mots : *Regula Catoniana ad novas leges non pertinet.*

Il est à peine besoin de faire observer que la règle Catonienne ne s'applique pas aux institutions d'héritier, car l'institution nulle au moment de la confection du testament sera toujours nulle, alors même qu'elle est faite sous condition.

Mais la règle Catonienne frappe les legs purs et simples ou à terme d'une nullité définitive : ces legs sont et demeurent nuls, alors même qu'ils deviendraient exécutables par la suite. Cette rigueur de la loi est critiquable à un double point de vue : d'abord, elle ne tient pas compte de la volonté probable du testateur de subordonner la validité du legs à la disparition de l'obstacle ; ensuite, elle méconnaît la nature des dispositions testamentaires, qui ne doivent produire leurs effets qu'après la mort du testateur.

Les principales applications pratiques de la règle Catonienne sont au nombre de trois :

1° Le legs pur et simple ou à terme fait à un légataire de sa propre chose est nul et reste nul, alors même qu'au jour du décès du testateur le légataire n'aurait plus la chose léguée dans son patrimoine. Cette nullité est fondée sur l'impossibilité d'exécuter le legs au moment de la confection du testament, car on ne saurait acquérir une propriété qu'on a déjà, ni en devenir créancier.

Mais le même legs serait efficace s'il était fait conditionnellement.

2° Le legs fait purement et simplement ou à terme à l'individu placé sous la puissance de l'unique institué est nul et demeure nul, alors même que plus tard cet individu aurait changé de puissance. La raison en est qu'en supposant le décès immédiat du testateur après la confection du testament, le droit ne pourrait se fixer que sur la tête de l'institué lui-même, qui en aurait du même coup le bénéfice et la charge. Mais s'il y a plusieurs institués, on peut faire un legs à l'individu placé sous la puissance de l'un d'eux ; ici, le legs ne sera nul que proportionnellement à la part héréditaire du chef de famille, et le surplus sera à la charge de ses cohéritiers.

Le legs même pur et simple ou à terme fait au père ou maître de l'institué échappe à la règle Catonienne et produit son effet, pourvu qu'au moment de l'adition l'institué ne se trouve plus sous la puissance du légataire. En effet, si le testateur mourait immédiatement après la confection du testament, le droit au legs serait bien fixé sur la tête du père ou du maître ;

mais nous savons que le *sui juris* n'est héritier que si le père ou maître lui donne l'ordre de faire adition ; or, rien n'empêche le père ou le maître de libérer l'institué de sa puissance ; il ne cumulera pas ainsi les deux qualités incompatibles de créancier et de débiteur du legs.

3° Le legs pur et simple ou à terme de matériaux incorporés à une maison est nul et reste nul, alors même que la maison serait effectivement démolie au jour du décès du testateur. Car le sénatusconsulte Hosidien défendait de démolir une maison dans le but de disposer des matériaux ; c'était là, comme on le voit, un obstacle de fait, car les matériaux ne sont pas, par eux-mêmes, hors du commerce.

Le fidéicommis était soumis, comme le legs, à la règle Catonienne. Cette règle existe encore sous Justinien.

Legs nuls après la confection du testament. — Le legs peut devenir inefficace soit par une circonstance indépendante de la volonté du testateur, soit par sa volonté : dans le premier cas, il y a extinction du legs, dans le second, révocation ou translation.

Extinction. — Le legs devient caduc :

1° Par la mort ou l'incapacité du légataire survenue avant le *dies cedit* ;

2° Par sa répudiation ;

3° Par le défaut de *jus capiendi* dans le délai voulu ;

4° Par la défaillance de la condition apposée au droit du légataire ;

5° Par la perte fortuite de l'objet légué : si cette perte est antérieure au *dies cedit*, rien n'est dû au légataire ; si elle est postérieure, le légataire peut réclamer ce qui reste de la chose et ses accessoires. Notons que l'héritier est responsable de tout fait même inconscient qui empêche l'exécution du legs;

6° Par l'insuffisance de l'actif héréditaire pour payer les dettes ;

7° Par le concours de deux causes lucratives : nous connaissons déjà la règle d'après laquelle toute créance à titre gratuit s'éteint, lorsque l'objet dû est acquis au créancier par l'effet d'une autre cause également gratuite ; en effet, le legs ne

peut s'exécuter, lorsque le légataire a déjà acquis à titre gratuit la chose qu'on lui lègue : c'est ainsi que le légataire qui a acquis entre-vifs à titre gratuit la propriété de la chose léguée n'est pas recevable à demander l'exécution du legs ; c'est ainsi encore que le légataire qui a acquis à titre onéreux la nue-propriété de la chose léguée, à laquelle est venu se joindre l'usufruit par une cause normale d'extinction, ne peut réclamer à l'héritier que la valeur de la nue-propriété, parce que l'usufruit ne lui a rien coûté.

Révocation. — Le legs peut être révoqué expressément ou tacitement par le testateur.

La révocation expresse se fait, à l'époque classique, par testament ou codicille confirmé et sous une formule semblable à celle dont on s'était servi pour faire le legs : le legs *do lego* se révoquait dans la forme *non do non lego*. Ces exigences disparurent avec la suppression des formules. La révocation expresse éteint le legs *ipso jure*.

La révocation tacite s'induit de faits qui font présumer l'intention de révoquer, tels que la radiation volontaire du legs, une grave inimitié survenue entre le testateur et le légataire, l'aliénation de la chose léguée. Dans ce dernier cas, on fit plus tard une distinction suivant le mobile de l'aliénation : si le testateur aliène à titre onéreux, sous la pression d'un besoin urgent, le legs subsiste *per damnationem ;* s'il aliène sans nécessité à titre gratuit, la révocation s'impose. Ajoutons que la réacquisition ultérieure de la chose léguée ne suffit pas à établir l'intention du testateur de revenir sur la révocation.

La révocation tacite n'anéantit pas le legs de plein droit, et le paralyse seulement par une exception de dol ; il s'ensuit qu'un nouveau changement de volonté lui rendrait sa vigueur.

Translation. — La translation substitue un nouveau legs à l'ancien : elle est *subjective*, quand elle change l'héritier ou le légataire, et *objective*, quand elle change l'objet ou la modalité du legs. L'extinction de l'ancien legs par translation était, dans le droit classique, soumise aux mêmes règles de forme que la révocation expresse. Du reste, elle ne s'est jamais présumée ; dans le doute, l'ancien legs doit être maintenu concurremment avec le nouveau.

Limitations apportées au pouvoir de léguer : Loi Falcidie. — Sous l'empire de la loi des XII Tables, le testateur était libre d'épuiser son patrimoine en legs particuliers. De là résultait le grave inconvénient que l'héritier répudiait la succession, toutes les fois que sa part se trouvait réduite à rien ou à peu de chose par la somme des legs ; dès lors, le testament tombait, les légataires eux-mêmes ne profitaient pas de leurs legs, puisque leur droit disparaissait par la répudiation de l'institué, et le défunt mourait intestat. Le législateur voulut empêcher, dans l'intérêt de tous, l'épuisement de la succession par les legs. Trois plébiscites furent successivement rendus dans ce but : la loi *Furia*, la loi *Voconia* et la loi *Falcidie*.

La loi *Furia* décida qu'à l'exception des parents jusqu'au sixième degré, personne ne pourrait recueillir un legs supérieur à mille as, sous peine d'avoir à le restituer au quadruple et d'encourir la *manûs injectio pura*. Cette prohibition était insuffisante, car elle n'empêchait pas le testateur d'absorber son hérédité en multipliant les legs de mille as.

La loi *Voconia* décidait qu'aucun legs ne pouvait être supérieur à la valeur de ce qui restait à l'héritier. Mais le testateur restait maître, en accumulant les legs d'une valeur insignifiante, de réduire à rien ou presque rien le bénéfice de l'héritier.

Enfin, la loi *Falcidie* vint apporter un remède plus efficace, en décidant que l'héritier aurait toujours droit de retenir le quart net de l'hérédité. Ce quart s'appelle la *quarte Falcidie*. C'était le plus sûr moyen de déterminer l'héritier à l'acceptation.

Personnes qui ont droit à la quarte Falcidie. — En principe, tout héritier testamentaire, qui n'obtient pas le quart net de la part pour laquelle il a été institué, peut invoquer la loi Falcidie et faire subir aux légataires une réduction proportionnelle suffisante pour lui assurer sa quarte.

Du reste, il faut que l'héritier reçoive sa quarte à titre d'institué ; il n'impute donc sur sa quarte ni ce qu'il a reçu entre-vifs du défunt, ni ce qu'il prendra comme légataire ou fidéicommissaire.

Il ne suffit pas que l'un de plusieurs héritiers ait le quart de sa part héréditaire, alors que le quart des autres est entamé ou consommé par des legs ; il faut que chacun d'eux ait le quart de sa part. Il y a donc autant de quartes Falcidies qu'il y a d'institués.

Supposons deux institués, dont l'un n'arrive pas à la succession ; son cohéritier, qui recueille la part défaillante, en vertu du droit d'accroissement, peut-il faire réduire les legs qui grevaient cette part, alors même qu'il aurait intact le quart de la part qui lui est spécialement attribuée ? en d'autres termes, peut-il exiger le quart des deux parts ou seulement d'une seule part ? On répond par une distinction :

Est-ce la part surchargée de legs qui se réunit à la part non grevée, l'héritier qui fait adition conserve intacte sa part et a le droit, en outre, de réclamer la quarte Falcidie sur la part qui lui advient, tout comme l'eût fait le défaillant lui-même. Dans ce premier cas, les legs étaient une charge personnelle à l'héritier défaillant, et ils doivent être réduits s'ils dépassent les trois quarts de la part défaillante.

Est-ce la part non surchargée qui se réunit à la part surchargée, les deux parts n'en font qu'une et les legs s'acquittent sur la masse entière de l'hérédité et ne subissent une réduction que s'ils dépassent les trois quarts de la masse. Dans ce second cas, les legs étaient imposés personnellement à l'héritier qui a fait adition, et ils ne doivent être réduits que s'ils dépassent les trois quarts de la masse.

Avant Justinien, la déclaration faite par le testateur dans son testament que l'héritier n'aurait pas le droit de retenir la quarte Falcidie était nulle comme contraire à une disposition d'ordre public. Justinien reconnait au testateur le droit d'imposer à l'héritier de ne pas exiger la quarte ; mais, alors, la répudiation de l'héritier ne fait plus évanouir les legs.

Sous Justinien, l'héritier qui a négligé de faire inventaire dans les délais légaux est déchu du droit d'invoquer la quarte Falcidie et doit payer les legs même *ultrà vires successionis*.

Calcul de la quarte Falcidie. — Pour calculer la quarte, trois opérations s'imposent : 1° Composer la masse hérédi-

taire ; 2° Déduire de la masse les dettes, les frais funéraires, la valeur des esclaves affranchis ; 3° Evaluer l'ensemble des legs et en comparer l'estimation avec la masse nette.

1° Pour composer la masse héréditaire, on se place au moment du décès, parce que c'est à ce moment que les biens du défunt prennent leur consistance définitive, et on réunit fictivement tous les biens, corporels ou incorporels, même les créances contre l'héritier, qui existent au jour du décès dans le patrimoine du testateur. On obtient ainsi l'actif brut.

2° De cet actif brut on déduit les dettes du défunt, même envers l'héritier, car *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*, les frais funéraires, la valeur des esclaves affranchis par legs ou fidéicommis, car l'indivisibilité de la liberté s'oppose à la réduction en nature de ces dispositions. Après ces déductions, on a l'actif net.

3° On fait ensuite le total des legs ; on omet provisoirement les legs conditionnels, mais les légataires purs et simples doivent promettre de restituer ce qui dépasse la portion à laquelle le concours des légataires conditionnels les réduira, si la condition vient à s'accomplir ; les legs d'usufruit ou de rente viagère sont ramenés à une somme fixe dont le montant est fondé sur l'âge et la santé du légataire. L'estimation des legs une fois terminée, on la compare avec l'actif net du patrimoine héréditaire : si les legs excèdent les trois quarts de cet actif net, on leur fait subir une réduction. Cette réduction s'opère de plein droit et atteint tous les legs proportionnellement ; en outre, elle se fait en nature, excepté lorsque le legs a pour objet des choses indivisibles, telles qu'un fait ou une servitude prédiale : dans ce cas, on donne le tout au légataire, qui devra payer à l'héritier testamentaire l'estimation de la part représentant sa quarte Falcidie.

II. — Des Fidéicommis

Notions générales sur les fidéicommis. — Le fidéicommis est une disposition de dernière volonté, laissée, en termes non solennels et sous forme précative, à une personne en qui on a confiance et que celle-ci doit remettre à une autre per-

sonne incapable de recevoir directement. On nomme *fiduciaire* ou *grevé* celui qui est chargé de faire la restitution, et *fidéicommissaire* ou *appelé* celui à qui la restitution doit être faite. Le fidéicommis fut longtemps considéré comme inefficace ; toutefois, il était fréquent dans la pratique, car il constituait un moyen facile d'éluder les incapacités nombreuses qui ne permettaient pas au défunt de s'inspirer de ses affections : celui-ci disposait, en effet, au profit d'une personne capable, en la priant de faire passer la libéralité à un tiers incapable de recevoir directement. Mais, dès l'époque de Cicéron, le sentiment public approuvait ces dispositions et flétrissait le grevé qui se prévalait du droit strict pour les méconnaître. Auguste encouragea les fidéicommis et créa un préteur spécial, *prætor fideicommissarius*, chargé de trancher les différends qu'ils pourraient faire naître. Dès lors, le fidéicommis devient une institution juridique.

Le fidéicommis peut porter sur toute l'hérédité ou sur une quote-part de l'hérédité, c'est le fidéicommis à titre universel, ou sur une ou plusieurs choses spécialement déterminées, c'est le fidéicommis à titre particulier.

Modalités du fidéicommis. — La restitution imposée par le disposant à son successeur universel ou particulier, en faveur d'un tiers, peut s'accomplir à quatre époques différentes : 1° elle peut avoir lieu au décès même du disposant, c'est le fidéicommis ordinaire ; 2° elle peut être fixée à une date postérieure au décès du disposant, c'est le fidéicommis à terme ; 3° elle peut être subordonnée à l'accomplissement d'une condition, c'est le fidéicommis conditionnel ; 4° elle peut être fixée au décès même du fiduciaire ou grevé, c'est le fidéicommis *post mortem* ou substitution fidéicommissaire. La substitution fidéicommissaire est une disposition par laquelle le défunt appelle une personne à tout ou partie de son hérédité en la chargeant de restituer, lors de son propre décès, à un tiers désigné, la totalité ou une partie de ce qu'elle aura recueilli. Cette substitution pouvait même être graduelle à l'infini : en d'autres termes, le défunt pouvait imposer la restitution aux fidéicommissaires eux-mêmes au profit d'autres appelés et ainsi de

suite ; cet usage était fondé sur le principe de la conservation des biens dans la famille. Mais Justinien, voyant dans cet usage, qui tendait à immobiliser les biens dans les familles, une atteinte à l'intérêt public, limite à quatre degrés la transmission d'un patrimoine par voie de substitution fidéicommissaire.

Fidéicommis d'hérédité. — Le fidéicommis d'hérédité est une disposition par laquelle le défunt appelle une personne à tout ou partie de son hérédité, en la chargeant, sous une forme précative, de restituer à un tiers désigné la totalité ou une quote-part de ce qu'elle recevra. Cette disposition ressemble plus à l'institution d'héritier qu'au legs. Peuvent être valablement chargés de ce fidéicommis : 1° l'héritier testamentaire ; le fidéicommis doit alors résulter d'un testament valable ; 2° l'héritier légitime ; il suppose alors nécessairement l'emploi d'un codicille ; 3° le fidéicommissaire universel, qui en est grevé par testament ou codicille. Dans tous ces cas, le fidéicommis s'évanouit, s'il n'y a pas adition d'hérédité.

Effets du fidéicommis d'hérédité. — En ce qui concerne les choses corporelles de l'hérédité, le fidéicommis ne saurait amener la translation directe de la propriété sur la tête du fidéicommissaire, il ne lui confère qu'un droit de créance ; le titre civil d'héritier est ineffaçable, suivant le principe *semel heres, semper heres*. Le fidéicommissaire ne peut donc acquérir ce titre et n'a d'autre faculté que de demander à l'héritier la délivrance du fidéicommis. L'héritier peut sans doute procéder à des translations de propriété ; mais, dans la pratique, la restitution s'opérait ou par la prise de possession ou par la déclaration, écrite ou verbale, de l'héritier qu'il consent à restituer ; ce dernier procédé faisait acquérir au fidéicommissaire la propriété prétorienne, qui se transformait en quiritaire par la prise de possession.

En ce qui concerne les créances et les dettes héréditaires, on comprend que ces droits incorporels ne pouvaient se transmettre ni par une appréhension matérielle, ni par une déclaration de volonté de l'héritier au fidéicommissaire. Pour exécuter la volonté du défunt, il fallait trouver un procédé de transmission : on peut juger des efforts qui furent faits dans ce but, en se plaçant à quatre époques différentes :

Première période : Avant le sénatusconsulte Trébellien. — Les créances et les dettes restent, comme la propriété, sur la tête de l'héritier, qui succède seul à l'*universum jus ;* mais, afin d'en communiquer le bénéfice ou la charge au fidéicommissaire, l'héritier faisait à celui-ci une vente fictive (*uno nummo*) de la totalité ou de la quote-part de l'hérédité à restituer ; cette vente était accompagnée de stipulations réciproques, *stipulationes emptœ et venditœ hereditatis*, par lesquelles, d'une part, le fiduciaire vendeur s'engageait à procurer au fidéicommissaire acheteur jusqu'à due concurrence le montant des créances qu'il toucherait ou la cession des actions qu'il pourrait avoir contre les débiteurs héréditaires, et, d'autre part, le fidéicommissaire s'obligeait à indemniser le fiduciaire du paiement des dettes héréditaires. En résumé, l'héritier gardait sa qualité à l'égard des tiers, l'appelé était simplement *loco emptoris.* Ce système avait l'inconvénient d'exposer chacune des deux parties aux risques de l'insolvabilité de l'autre, et, par suite, détournait l'héritier de faire adition.

Deuxième période : Sénatusconsulte Trébellien. — Ce sénatusconsulte, rendu sous Néron, décide que la restitution d'un fidéicommis universel, sans enlever au fiduciaire la qualité d'héritier, investira ou rendra passible le fidéicommissaire de toutes les actions héréditaires actives ou passives, qui seront désormais exercées par lui ou contre lui, à titre utile, comme s'il était héritier. Par suite, si le fiduciaire poursuit ou est poursuivi, il subira ou opposera l'exception *restitutœ hereditatis.* A cette époque, l'appelé est *loco heredis.* Ce système faisait disparaître le danger de l'insolvabilité réciproque ; mais, lorsque le fidéicommis absorbait la totalité ou la presque totalité de l'hérédité, le fiduciaire pouvait préférer encore la répudiation.

Troisième période : Sénatusconsulte Pégasien. — Pour prévenir une répudiation, qui devait entraîner la chute de la disposition, le sénatusconsulte Pégasien décide que le fiduciaire qui fait adition volontaire a le droit de retenir un quart de l'hérédité qu'il est chargé de restituer et que, s'il refuse de faire adition, il y sera contraint par le préteur à la demande du fidéicommissaire et perdra son droit à la quarte.

Quatrième période : Droit de Justinien. — Justinien consacre le droit à la quarte établi par le sénatusconsulte Pégasien, et ce droit reste subordonné à l'adition volontaire. La quarte Pégasienne relève des mêmes règles que la quarte Falcidie pour son calcul et pour les choses qu'il y a lieu d'imputer sur elle. Si, par erreur, le fiduciaire a restitué plus des trois quarts, il a une *condictio indebiti.* En outre, le fidéicommissaire est véritablement héritier, et les actions actives ou passives passent pleinement sur sa tête, car il n'y a plus désormais de différence entre les actions directes et les actions utiles.

Fidéicommis à titre particulier. — Ce fidéicommis est une disposition qui investit une personne d'un ou de plusieurs objets individuellement déterminés, comme une maison, une somme d'argent, en la chargeant, sous forme de prière, d'en faire la restitution à un tiers désigné. Il ressemble plus au legs qu'à l'institution d'héritier. Ce fidéicommis peut être imposé non seulement aux héritiers testamentaires ou légitimes, mais encore aux légataires, aux fidéicommissaires et aux donataires à cause de mort. Il peut avoir pour objet la chose du disposant, celle du grevé ou même la chose d'autrui ; dans ce dernier cas, lorsque le propriétaire de la chose refuse de la céder, le grevé devra livrer son estimation. Le fidéicommissaire n'acquiert jamais qu'un droit de créance, qu'il fera valoir contre le fiduciaire, par une *persecutio extra ordinem*. devant le préteur fidéicommissaire. Il va sans dire que le fidéicommissaire à titre particulier, comme le légataire, ne profite jamais des créances et ne supporte jamais les dettes du défunt ; en outre, il n'est pas tenu de restituer plus qu'il n'a reçu du défunt.

III. — Fusion des legs et des fidéicommis

La législation impériale, en supprimant les formules solennelles dans les legs, tendait à rapprocher sensiblement ces dispositions des fidéicommis. Justinien acheva l'œuvre d'assimilation, en décidant que ces deux sortes de disposition seraient soumises à des règles uniformes et produiraient des effets identiques ; en même temps, il fait bénéficier les deux institutions

de leurs avantages réciproques : dès lors, le legs emprunte au fidéicommis ses règles de forme ; il n'est plus désormais soumis à aucune forme rigoureuse ; ses effets résultent de l'intention du testateur et non des termes dont il s'est servi ; en retour, le legs communique au fidéicommis, notamment, son effet translatif direct de propriété et le doublement de la condamnation en cas de dénégation de l'héritier.

VII. — Des donations à cause de mort.

Caractères généraux. — La donation *mortis causa* est une libéralité ordinairement révocable au gré du donateur et qui ne devient définitive que par la survie du donataire, le prédécès du donateur. Elle est bien inspirée par la crainte ou la prévision d'une fin prochaine ; mais ce motif seul ne suffit pas pour qu'une libéralité soit qualifiée de donation *mortis causa*. Car on peut très bien faire une donation entre-vifs dans la pensée de la mort : si, en effet, le donateur, en vue de son décès prochain, se dépouille actuellement et irrévocablement, il fait une donation entre-vifs ; au contraire, pour que sa libéralité ait le caractère d'une donation à cause de mort, il faut qu'il en ait subordonné l'effet définitif à son prédécès.

La donation *mortis causa* peut avoir lieu soit en prévision des chances générales de mortalité, soit en vue de risques particuliers auxquels une maladie, un voyage, une guerre exposent le donateur. Mais, ne l'oublions pas, cette donation n'est définitive qu'autant que le donateur meurt avant le donataire.

Un autre caractère de cette donation se trouve dans la faculté qu'a le donateur de révoquer sa libéralité à son gré, *ad nutum ;* mais c'est là un caractère naturel et non essentiel ; le donateur peut donc renoncer formellement à son droit de révocation.

On peut dire que le donateur préfère le donataire à ses propres héritiers, et, à part le cas où la donation *mortis causa* est faite sous condition résolutoire, qu'il se préfère lui-même au donataire.

La donation *mortis causa* peut être faite sous condition suspensive ou sous condition résolutoire.

Donation mortis causa sous condition suspensive. — La

donation *mortis causa* est faite sous condition suspensive, lorsque son effet est subordonné à la survie du donataire. Elle résulte des modes ordinaires d'aliéner, de s'obliger ou de libérer, mais avec cette condition que le droit du donataire ne prendra naissance qu'en cas de prédécès du donateur. Notons que le simple pacte ne suffit pas pour faire naître une obligation dans le cas de donation *mortis causa*, à la différence de ce qui a lieu pour la donation entre-vifs. Du vivant du donateur, la donation *mortis causa* sous condition suspensive ne produit aucun effet : l'acte juridique accompli n'a ni transféré la propriété, ni créé une obligation, ni éteint une dette ; mais, si le donateur prédécède, à l'instant cet acte, dont l'effet juridique était jusqu'alors suspendu, investit le donataire d'un droit définitif. Si, au contraire, le gratifié meurt le premier, il n'aura jamais rien eu, car il n'avait qu'un droit en espérance. Ajoutons que la donation peut encore devenir caduque par le repentir du donateur. Dans le cas de caducité de la donation *mortis causa* faite sous condition suspensive, le donateur, ayant conservé son droit, pourra revendiquer la chose livrée ou exercer son action primitive, s'il avait fait acceptilation.

Donation mortis causa sous condition résolutoire. — La donation *mortis causa* est faite sous condition résolutoire, lorsque le donataire a été investi de son droit, dès l'instant de l'acte, et que la disposition peut être révoquée si le donataire prédécède, ou bien si le donateur échappe à un danger prévu ou se repent de sa libéralité. Elle se constitue par les modes ordinaires d'aliénation, d'obligation ou de libération. Elle ne peut pas plus résulter d'un simple pacte que la donation sous condition suspensive. La donation *mortis causa* sous condition résolutoire produit un effet actuel : le donataire est dès à présent propriétaire ou créancier ; mais ce résultat est provisoire. C'est la défaillance de la condition qui rend définitif et irrévocable le droit du donataire.

Supposons la condition résolutoire accomplie, quelles actions le donateur pourra-t-il intenter pour recouvrer le droit qu'il a transféré ?

S'agit-il d'une donation par voie d'aliénation : d'après les

règles du droit classique, la propriété ne pouvait être transférée *ad tempus*, un nouveau déplacement de la propriété ne pouvait provenir que d'un mode d'acquérir : le donateur, après la révocation de la donation, ne pouvait donc pas revendiquer et n'avait qu'une action personnelle, la *condictio sine causa*. Il en résultait des dangers sérieux pour lui : d'abord, c'est le maintien des droits réels que le donataire a pu consentir *pendente conditione ;* ensuite, c'est le risque de l'insolvabilité du donataire. Ulpien propose timidement de considérer la propriété comme retransférée de plein droit au donateur avec effet rétroactif, à l'arrivée de la condition, et d'investir le donateur d'une revendication utile pour réclamer la chose due. Mais cette doctrine ne prévalut que dans le dernier état du droit.

S'agit-il d'une donation par voie d'obligation : le donateur n'est pas libéré de plein droit, mais il a la *condictio sine causa* pour se faire libérer.

S'agit-il d'une donation par voie d'acceptilation : la dette du donataire ne revivra pas de plein droit, mais le donataire sera passible de la *condictio sine causa* à l'effet de s'obliger de nouveau.

Comparaison de la donation mortis causa avec le legs. — La donation *mortis causa* et le legs ont entre eux des points de ressemblance et de différence, dont voici les principaux :

Ressemblances : 1° La donation à cause de mort, comme le legs, exige dans son auteur la *factio testamenti active*, dans le gratifié, la *factio testamenti passive* et le *jus capiendi ;* 2° la donation à cause de mort reste, comme le legs, incertaine jusqu'à la mort du disposant ; 3° la donation *mortis causa* sous condition suspensive est, comme le legs, valable entre époux ; on sait que les conjoints ne peuvent se faire actuellement aucune libéralité ; 4° la donation à cause de mort, comme le legs, subit la réduction établie au profit de l'héritier par la loi Falcidie ; 5° la donation *mortis causa* s'impute, comme le legs, sur la quarte légitime pour empêcher la plainte d'inofficiosité ; 6° le donataire *mortis causa*, comme le légataire, n'est payé qu'après l'acquittement des dettes ; 7° la caution Mucienne fut étendue par Justinien aux donations à cause de mort.

Différences : 1° La donation à cause de mort exige le concours des volontés ; le legs émane de la seule volonté du testateur ; 2° la donation *mortis causa* est indépendante d'un acte testamentaire ; le legs ne peut être fait que dans un testament ou un codicille confirmé ; 3° la donation à cause de mort n'est pas un mode d'acquérir ; le legs *per vindicationem* est un mode d'acquérir du droit civil ; 4° la donation *mortis causa* peut produire un effet actuel, quoique révocable ; le legs ne produit son effet qu'à la mort du testateur.

VIII. — Droit d'accroissement.

La théorie du droit d'accroissement n'est pas spéciale aux successions testamentaires ; elle s'applique également aux hérédités *ab intestat*. Elle a varié suivant les époques. Nous l'examinerons successivement dans l'ancien droit, sous le régime des lois Caducaires et dans la législation de Justinien.

Ancien droit — Le droit d'accroissement a son fondement dans la vocation de deux ou plusieurs personnes à la totalité d'une même chose. Lorsque tous les appelés viennent, leurs droits identiques subissent un concours et nécessitent un partage. Si l'un ou plusieurs d'entre eux ne veulent ou ne peuvent profiter de leur vocation, les droits des autres s'élargissent et embrassent les parts vacantes. Si tous les concurrents, sauf un, se sont retirés ou ne peuvent venir, le droit de l'appelé qui vient, affranchi de tout concours, absorbe l'objet tout entier de la disposition. Cette *force d'élasticité*, suivant un mot assez heureux, est qualifiée de *jus accrescendi*, parce que la part des défaillants accroît aux autres. Mais, il n'y a pas, à proprement parler, accroissement, puisque celui qui profite des parts vacantes avait une vocation éventuelle à la totalité des biens : l'absence de prétentions rivales fait, au contraire, que son droit au tout ne décroît pas par suite du concours. L'accroissement n'est donc pas un titre nouveau d'acquisition, c'est le développement naturel d'un droit préexistant, d'une vocation au tout.

Accroissement dans les institutions d'héritier. — L'accroissement, dans les institutions d'héritier, dérive ou de la volonté de la loi ou de la volonté du testateur.

Il résulte de la loi, lorsque la vocation éventuelle au tout dérive elle-même de la loi : ainsi, lorsque le testateur assigne à plusieurs institués des parts déterminées, dont la somme absorbe son hérédité, la part de celui qui ne pourra ou ne voudra venir accroitra nécessairement aux autres, même contre leur propre gré et malgré l'intention du défunt. On sait que l'hérédité est indivisible et que la loi ne permet pas qu'elle soit testamentaire pour partie, *ab intestat* pour partie.

Il résulte de la volonté du défunt, lorsque celui-ci attribue une même quote-part de l'hérédité à deux ou plusieurs institués ; par exemple : *Que Titius soit héritier pour la moitié de l'hérédité ; que Séius et Mévius soient héritiers pour l'autre moitié.* Si Mévius vient à faire défaut, sa part ne profite qu'à Séius. Cette attribution solidaire d'une fraction de l'hérédité à plusieurs institués établit entre eux la *conjunctio re*, qui est la base du droit d'accroissement. Cette *conjunctio* est dite *re et verbis*, lorsque, comme dans l'exemple ci-dessus, la vocation solidaire dérive d'une seule et même phrase ; elle est dite *re tantum*, lorsque l'identité de vocation dérive de phrases séparées, par exemple : *Que Séius soit héritier pour l'autre moitié; que Mévius soit héritier pour la moitié pour laquelle Séius a été institué.* Cette distinction a son importance, car si l'héritier dont la part est vacante avait à la fois un *conjunctus re et verbis* et un *conjunctus re tantum*, c'est le premier qui l'emporte.

La *conjunctio verbis tantum*, c'est-à-dire celle qui consiste simplement à réunir dans une même phrase plusieurs institués en leur assignant des parts, est insuffisante à fonder le droit d'accroissement ; par exemple : *Que Titius soit héritier ; que Séius et Mévius soient héritiers pour égale part.* Il n'y a pas là de vocation solidaire au tout.

Accroissement dans les legs. — Dans les legs, la vocation solidaire au tout ne dérive jamais de la loi ; tout legs non recueilli par son destinataire demeure dans l'hérédité. Mais la vocation solidaire au tout ne peut-elle pas résulter de la volonté du défunt ? Il faut distinguer :

Dans les legs *per vindicationem* et *per præceptionem*, l'accroissement a toujours lieu dès que les légataires sont conjoints *re*

et verbis ou *re tantum* ; car le testateur, en n'assignant pas des parts à chacun, a entendu laisser la chose entière à tous les colégataires qui la partageront ou à celui d'entre eux qui viendra.

Dans les legs *per damnationem* et *sinendi modo*, l'accroissement n'a jamais lieu, malgré la conjonction. Car il n'y a jamais solidarité de vocation dans un legs de créance. Les deux colégaaires sont-ils *conjuncti re et verbis*, c'est-à-dire compris dans une même phrase, chacun d'eux n'a qu'une créance de la moitié de la chose léguée, suivant la règle qui partage de plein droit par têtes les créances conjointes ; donc si l'un deux fait défaut, l'autre aura la moitié, et la part défaillante profitera à l'héritier. Les deux colégataires sont-ils *conjuncti re tantum*, c'est-à-dire appelés conjointement dans deux phrases séparées, par exemple : *Que mon héritier soit condamné à donner le fonds Cornélien à Titius ; qu'il soit condamné à donner le même fonds Cornélien à Séius,* on admet deux créances distinctes : comme on peut être obligé à donner une chose plusieurs fois, si les deux légataires viennent, l'un aura le fonds, l'autre l'estimation ; et si l'un fait défaut, celui qui vient aura le fonds en entier sans faire intervenir l'idée d'accroissement, car chacune des créances porte sur la totalité de la chose léguée.

Le fidéicommis, qui ne produit jamais que des créances, ne comporte pas de droit d'accroissement.

Règles de l'accroissement dans l'ancien droit. — Dans l'ancien droit, l'accroissement entre cohéritiers ou colégataires est soumis aux quatre règles suivantes :

1° L'accroissement est forcé et a lieu de plein droit : dès que l'héritier ou légataire accepte la part dont il a été gratifié, il acquerra nécessairement et de plein droit les parts qui deviendront vacantes par la suite. Car il a une vocation éventuelle au tout et ne peut réaliser une partie de cette vocation en laissant tomber l'autre.

2° L'accroissement est proportionnel aux parts que les appelés recueillent en vertu de leur propre vocation ; il est logique que l'accroissement ne leur profite qu'en proportion de l'étendue de leurs parts respectives.

3° L'accroissement a un effet rétroactif et fait considérer

l'appelé comme ayant acquis les deux parts le jour où s'est réalisée sa vocation à l'hérédité ou au legs : de là résulte que, pour apprécier la capacité de l'appelé, on doit se placer, non au moment où s'opère l'accroissement, mais au moment où se réalise la vocation à l'hérédité ou au legs ; il en résulte encore que l'accroissement s'effectuera, même après le décès de l'appelé, au profit de ses héritiers ; c'est en ce sens qu'on dit : *portio accrescit portioni, non personæ*, la part défaillante accroît à la part déjà recueillie, et non à la personne.

Le legs d'usufruit déroge à cette règle : lorsqu'un legs d'usufruit est recueilli par deux colégataires, la mort de l'un d'eux ne peut entraîner transmission de sa part à ses héritiers, à cause de l'intransmissibilité de cette servitude personnelle ; l'accroissement se produit alors au profit du colégataire survivant, dont le droit au tout est désormais dans sa plénitude. L'accroissement ici profite *personæ, non portioni*.

4° Entre cohéritiers, l'accroissement s'opère avec les charges des dettes héréditaires, legs ou fidéicommis, qui grèvent la part vacante ; car l'hérédité forme une masse indivisible d'actif et de passif ; en outre, les institués conjoints sont en quelque sorte substitués les uns aux autres. Entre colégataires, l'accroissement s'opère, en principe, sans charges ; les charges imposées aux légataires sont présumées individuelles ; toutefois, s'il est démontré que la charge grève les legs plutôt que les légataires et pèse sur tous, elle sera supportée intégralement par le légataire qui recueillera la disposition entière.

Les lois Caducaires vont apporter une profonde modification à la théorie de l'accroissement.

Lois Caducaires. — Esprit général des lois Caducaires. — Les *Leges novæ*, plus connues sous le nom de lois Caducaires, vinrent substituer au principe de l'accroissement un *jus caduca vindicandi* ou droit de revendiquer les parts devenues vacantes par suite de déchéances dont ces lois frappent certaines personnes. Ces lois, dont les plus célèbres sont la loi *Julia de maritandis ordinibus* et la loi *Papia Poppæa*, décident que certaines personnes valablement instituées héritières ou désignées comme légataires ne pourront recueillir le bénéfice des dispo-

sitions qui leur sont adressées, à moins de s'être mises en règle avec la loi dans les cent jours au plus tard après l'ouverture des tables du testament. Nous savons déjà que la loi *Junia Norbana* enlève aux latins juniens le *jus capiendi*, pour le tout, à moins qu'ils n'acquièrent la cité romaine dans les cent jours au plus tard après le décès du testateur.

Les lois Caducaires eurent un double objet. Au commencement du règne d'Auguste, la décroissance sensible de la population ingénue à la suite des guerres civiles où la République avait sombré, et l'abandon de plus en plus marqué du mariage présentaient un danger pour l'ordre social ; en outre, le Trésor public avait été épuisé par ces guerres ruineuses. Cet état social et financier, gros de conséquences désastreuses, attira l'attention d'Auguste : pour écarter ces conséquences, ce prince fit sortir des testaments la menace d'une peine pour le célibat et la stérilité, la promesse d'une récompense pour la paternité ; du même coup, il procurait au Trésor une source nouvelle de revenus. Tel fut, au dire de Tacite, le double avantage que poursuivit le premier empereur : *incitandis cœlibum pœnis, augendo œrario*.

Déchéances créées par les lois Caducaires : caduca. — En laissant de côté les dispositions faites à un latin junien, que la loi *Junia Norbana* déclare caduques pour le tout, s'il n'est pas devenu citoyen romain dans les cent jours de la mort du testateur, voici les déchéances édictées par les lois Caducaires :

Sont caduques pour le tout : 1° les dispositions faites au profit des célibataires, *cœlibes*, c'est-à-dire de l'homme ou de la femme qui n'est pas marié en justes noces et qui n'a pas d'enfant légitime. Le célibat et le veuvage sont assimilés à ce point de vue ; le concubinat n'exempte pas des peines du célibat, car il n'y a pas de *vir* et d'*uxor* en dehors des *justæ nuptiæ* ; 2° les dispositions attribuées à un institué et qui deviennent nulles entre le décès du testateur et l'ouverture des tables du testament ; les lois Caducaires, afin de multiplier les chances de caducité, avaient décidé que, dans le cas où il y aurait plusieurs institués, l'adition ne pourrait avoir lieu avant l'ouverture des

tablettes du testament : toutes les incapacités survenant entre le décès et l'ouverture du testament constituaient donc des *caduca*.

Sont caduques pour moitié : les dispositions laissées en faveur d'un *orbus* ; l'*orbus* est l'homme ou la femme qui, bien que légitimement marié, n'a pas au moins un descendant légitime, vivant ou conçu. L'enfant adoptif ou né du concubinat n'exempte pas des peines de l'*orbitas* le père adoptif ou le concubin. Mais on ne s'occupe ni du sexe, ni du degré du descendant, ni de sa qualité de *sui juris* ou d'*alieni juris*.

Sont caduques pour une part que nous ignorons, mais qui devait être inférieure à celle de l'*orbus*, les dispositions faites au profit du *pater solitarius*, qui était vraisemblablement l'homme veuf ou divorcé ayant des enfants d'un mariage dissous.

Lorsque la disposition est adressée à un esclave, c'est le maître qui en profite qui doit satisfaire aux conditions légales ; si elle est faite au profit du fils de famille, ces conditions doivent exister chez le gratifié et chez le père.

Les dispositions déclarées caduques par les lois *Julia* et *Papia Poppæa* comprenaient les institutions d'héritier et les legs. Les fidéicommis furent soumis à la caducité par le sénatus-consulte Pégasien, et les donations à cause de mort par un sénatus-consulte de date inconnue.

D'ailleurs, les *Leges novæ* n'enlevaient au *cælebs*, à *l'orbus* et au *pater solitarius* que la faculté de recueillir, *jus capiendi*. Ces personnes ne manquaient pas de la *factio testamenti passive* ; la disposition qu'on leur adressait était donc valable ; dès lors, si elles pouvaient se mettre en règle avec la loi en se mariant ou en devenant père dans les cent jours qui suivaient l'ouverture des tablettes du testament, elles échappaient aux déchéances.

Les dispositions déclarées caduques par les *Leges novæ* deviennent vacantes et forment les *caduca*.

Personnes qui profitent des caduca. — A côté des peines, il y a des récompenses : tout ce qui est déclaré caduc vient accroître la part des *patres* institués ou légataires. Ce privilège de la paternité constitue le *jus patrum*, qui remplace le

droit d'accroissement. Les *patres* sont les hommes qui ont au moins un enfant légitime vivant ou conçu et qui sont mariés ou dispensés de l'être comme ayant atteint soixante ans. On ne tient compte que de la descendance par les mâles ; il n'importe, d'ailleurs, que la puissance paternelle existe ou non. Le *jus caduca vindicandi* était refusé aux femmes, quelque nombre d'enfants qu'elles pussent avoir ; cette inégalité s'explique, car la législation classique ne reconnaissait encore des rapports successoraux qu'entre le père et les descendants.

L'attribution des parts vacantes dans les institutions a lieu, entre les cohéritiers *patres*, en proportion de leurs parts personnelles, s'ils ne sont pas conjoints ; dans ce cas, ils ont tous un droit égal ; mais le cohéritier conjoint aux cohéritiers déchus aurait la préférence sur les autres cohéritiers. Si aucun héritier ne remplit les conditions de la paternité, les parts vacantes sont dévolues aux légataires *patres*, et, à défaut de légataires *patres*, au trésor public (*ærarium*). Dans ce dernier cas, le préteur accorde au trésor public une *bonorum possessio uti ex legibus*.

L'attribution des parts vacantes dans les legs est faite au profit des légataires *patres* conjoints au défaillant, sans distinction entre les legs de propriété et les legs de créance ; à défaut de légataires *patres* conjoints au défaillant, au profit des héritiers *patres* ; en l'absence d'héritiers *patres*, au profit des légataires *patres* non conjoints ; enfin, à défaut de ces derniers, au profit du trésor public.

Comme on le voit, la *conjunctio* peut servir à déterminer le rang des appelés, mais elle n'est pas nécessaire aux *patres* pour exercer le *jus caduca vindicandi*.

Ce système bouleversait toute la théorie des testaments et sacrifiait la volonté jusque là respectée du testateur.

Cette attribution des parts vacantes n'est pas forcée, bien que la propriété en appartienne de plein droit aux appelés ; ils peuvent donc la refuser par une répudiation. Cette attribution a lieu avec les charges.

Le legs d'usufruit, quoique soumis aux déchéances caducaires, était trop personnel pour donner lieu à l'exercice du

jus patrum ; on suivait en cette matière les anciennes règles de l'accroissement.

Personnes qui ne sont ni punies ni récompensées par les lois Caducaires. — Il y a des personnes qui ont le droit de conserver intégralement ce qui leur a été laissé, mais qui ne profitent point des parts vacantes : elles ont ce qu'on appelle la *solidi capacitas*, c'est-à-dire la capacité de recueillir leur part, ni plus ni moins.

Parmi ces personnes, les unes sont exemptées des déchéances à raison de leur âge : 1° les hommes au-dessous de vingt-cinq ans et les femmes au-dessous de vingt ans ; 2° les hommes sexagénaires et les femmes quinquagénaires, pourvu qu'ils soient arrivés mariés à la limite fixée par la loi.

D'autres sont affranchies des déchéances à raison de certaines circonstances dignes de faveur : 1° les absents pour service public ; 2° les veuves pendant deux ans, les divorcées pendant dix-huit mois, à partir de la dissolution du mariage.

On exempte encore des déchéances à raison des rapports de parenté ou d'alliance entre le disposant et le bénéficiaire de la libéralité : 1° les cognats du testateur jusqu'au sixième degré inclusivement, et même au septième, les enfants de petits-cousins ; 2° certains alliés du testateur en ligne ascendante ou descendante ou à titre de conjoint.

Enfin, la *solidi capacitas* était reconnue à la femme qui avait un enfant légitime vivant ou conçu.

Des dispositions nulles d'après les règles de l'ancien droit civil. -- Toutes les dispositions testamentaires qui manquent leur effet d'après les règles de l'ancien droit civil ne doivent pas être soumises au système caducaire.

Les unes, qualifiées de *pro non scriptis*, échappent à l'application des lois Caducaires, tandis que les autres, dites *in causâ caduci*, tombent sous le coup des lois Caducaires.

Sont *pro non scriptis* les dispositions nulles, d'après les règles du droit civil, au jour de la confection du testament, à raison d'un vice essentiel de forme ou de fond, comme l'irrégularité du testament, l'incapacité du disposant ou du bénéficiaire. Ces dispositions restent sous l'empire des anciennes rè-

gles de l'accroissement. Il est bien entendu, d'ailleurs, que, pour les recueillir valablement, il faut avoir la capacité nouvelle exigée par les lois Caducaires ou avoir la *solidi capacitas*.

Sont dites *in causâ caduci*, c'est-à-dire assimilées aux *caduca*, les dispositions qui, valables au jour de la confection du testament, deviennent nulles avant le décès du disposant ou après l'ouverture des tables du testament : tel est le legs infirmé par le prédécès du légataire, ou le legs qui tombe par la répudiation du légataire. Ces dispositions sont soumises au régime caducaire : elles profitent aux personnes qui peuvent invoquer le *jus caduca vindicandi*. On maintient, toutefois, pour ces dispositions, les règles du droit d'accroissement qu'on désigne sous le nom de *jus antiquum*, au profit des descendants et ascendants jusqu'au troisième degré du testateur. Ils ont déjà la *solidi capacitas* comme cognats ; ils ont le *jus accrescendi* en leur qualité de descendants ou d'ascendants.

Destinée des lois Caducaires. — Le but des lois Caducaires était louable, car l'abandon du mariage et le dédain de la paternité sont des faits qui peuvent avoir des conséquences funestes pour l'avenir d'un peuple ; mais le législateur romain avait été mal inspiré sur ce point : le procédé qu'il avait adopté méconnaissait la volonté du testateur, établissait des règles successorales arbitraires et des privilèges exorbitants, provoquait des mariages précipités qui ne tardaient pas à se dissoudre par le divorce. Quel résultat pouvait-on espérer d'une législation aussi peu en harmonie avec les mœurs romaines ? Ce n'était assurément pas celui qu'on avait rêvé, c'est-à-dire le relèvement de la société. Horace, qui s'était fait sans conviction le panégyriste officiel de ces mesures législatives, était obligé d'en proclamer l'impuissance :

. . . . *Quid leges sine moribus*
Vanæ proficiunt ?

Aussi ces lois avaient-elles été frappées, dès leur origine, d'une impopularité qui ne fit que s'accroître et qui devait susciter de nombreux expédients destinés à en éluder l'application. Cette voie des expédients était un acheminement sûr vers l'abrogation directe. Parmi les moyens imaginés par la

pratique pour éluder les lois Caducaires, il en est qui furent proscrits et d'autres toujours permis.

Les moyens qui furent prohibés sont : 1° l'adoption ; Néron prévint les abus d'adoption en décidant que l'enfant adopté ne pourra ni exempter des peines de l'*orbitas* ni conférer le privilège de la paternité ; 2° les fidéicommis ; le sénatus-consulte Pégasien prohiba l'engagement oral ou écrit, accepté par une personne capable, de restituer les biens à un *cælebs*, à un *orbus* ou à un *pater solitarius*.

Les moyens qui restèrent permis sont : 1° l'apposition de la condition : *si l'institué se marie, s'il a des enfants* ; cette disposition conditionnelle donnait un temps indéterminé pour qu'on pût se mettre en règle avec la loi ; 2° la substitution réciproque des héritiers les uns aux autres : cette substitution empêche les *patres* de s'emparer des parts défaillantes, à l'exclusion des autres institués non *patres*. Exemple : Titius, Séius et Mévius sont institués et substitués réciproquement : Titius est *pater*, Séius est *cælebs*, Mévius est aussi *cælebs*, mais cognat du testateur. Grâce à la substitution, la part de Séius qui est caduque se partage entre Titius *pater* et Mévius *cælebs* mais cognat. Si, au contraire, ils n'étaient qu'institués, le *jus caduca vindicandi* attribuerait toute la part caduque à Titius *pater*.

Malgré ces luttes opiniâtres contre une législation impopulaire, le régime caducaire resta debout jusqu'à Constantin. Ce prince, sous l'influence du christianisme, qui voyait dans la continence une vertu, abolit les peines du célibat et de l'*orbitas*, mais laisse subsister le privilège des *patres* sur toutes les dispositions qui devenaient vacantes par d'autres causes que les déchéances disparues.

Droit de Justinien. — Justinien efface les dernières traces de la législation caducaire et rétablit l'ancienne théorie du droit d'accroissement, fondée sur la *conjunctio*, soit entre cohéritiers, soit entre colégataires. Toutefois, la forme des legs est désormais unique : on les soumettra tous aux principes d'accroissement appliqués au legs *per vindicationem* ; l'accroissement se produira chaque fois qu'une même chose aura été

léguée pour le tout à deux ou plusieurs légataires. En même temps, Justinien rend à l'institué le droit de faire adition dès le décès, sans attendre l'ouverture des tables du testament.

Section II. — Hérédité ou succession ab intestat.

Principes généraux.

La succession légitime ne s'ouvre qu'à défaut d'héritiers institués; or, il n'y pas d'héritier testamentaire dans les quatre cas suivants : 1° le défunt n'a pas testé ; 2° il a fait un testament *injustum*, c'est-à-dire nul dès le principe pour vice de forme ou défaut de *factio testamenti active* ou *passive* ; 3° le testament valable à l'origine est devenu *ruptum* ou *irritum* ou a été rescindé par la plainte d'inofficiosité ; 4° l'héritier n'a pas pu faire adition, à raison de son prédécès, de la défaillance de la condition apposée à l'institution, de la perte de sa capacité, ou n'a pas voulu faire adition, par un motif de crainte ou tout autre motif qui l'a poussé à répudier. Dans ces quatre cas, l'hérédité est appelée *légitime*, parce que c'est la loi elle-même qui en opère la transmission. Elle n'occupe que la seconde place dans le droit successoral des Romains. Dans le droit français, le principe est différent : il n'y a qu'une seule hérédité, l'hérédité légitime, que la loi défère en tenant compte des affections présumées du défunt ; l'homme, sans doute, est maître de faire un testament, mais il ne crée pas un héritier testamentaire ; il fait des légataires, dont les droits peuvent varier dans leur étendue et même comprendre parfois l'universalité des biens laissés par le défunt.

La succession *ab intestat* appartient, comme la succession testamentaire, au *jus civile* ; il faut donc être citoyen romain pour la laisser ou la recueillir. Mais la qualité de citoyen ne suffit pas pour laisser une hérédité légitime ; il faut être *sui juris*, car l'*alieni juris* n'a pas de patrimoine.

Les règles relatives à la distinction des *heredes sui et necessarii* et des héritiers externes, à l'acceptation et à la répudiation de l'hérédité, à la forme et aux effets du partage, à l'accroissement, sont communes aux deux ordres d'hérédité. Mais la succession *ab intestat* est indépendante des lois Caducaires.

Quatre règles générales dominent l'ensemble des successions *ab intestat* :

1° La délation de l'hérédité légitime n'a lieu qu'au moment où il est certain que le défunt n'aura pas d'héritier testamentaire : c'est au décès, si, dès ce moment, on est assuré de l'inexistence d'un testament ou de sa nullité ; ce sera plus tard, si ce fait n'est connu qu'à une époque plus reculée ou si le testament est affecté d'une condition supensive.

2° Pour être appelé à une hérédité légitime, il faut être vivant lors de la mort du défunt ; car il n'y aurait aucun lien juridique entre deux personnes qui n'ont pas coëxisté. Mais le droit classique considère à cet égard comme vivant l'enfant simplement conçu : *infans conceptus pro nato habetur*.

3° C'est la priorité de l'ordre ou de la classe, et non la proximité du degré, entre les successibles, qui règle la vocation ; le membre d'un ordre ou d'une classe l'emporte donc toujours sur les membres des ordres subséquents, fussent-ils plus proches parents du défunt. Le degré a de l'importance entre les membres d'une même classe.

4° Le partage de la succession a lieu par *têtes*, entre les cohéritiers en ligne directe, quand il sont tous au premier degré, et entre les cohéritiers des autres classes, quand il en vient plusieurs ensemble ; on divise alors l'hérédité en autant de portions égales qu'il y a de successibles, et chacun d'eux en obtient une.

Le partage de la succession a lieu par *souches*, entre cohéritiers en ligne directe descendante, quand il y a des descendants à des degrés divers : ainsi, supposons un fils en concours avec deux petits-enfants issus d'un autre fils mort ou sorti de la famille : la succession se partage en deux moitiés, l'une pour le fils, l'autre qui se subdivise par têtes entre les deux petits-fils ; ces derniers ont la part virile que leur père aurait eue, s'il était venu à la succession. Ce partage par souches se combine, d'ailleurs, avec un partage subsidiaire par *branches*, si les descendants du successible prédécédé ou sorti de la famille sont entre eux à des degrés inégaux. L'incapacité ou l'indignité du successible défunt doivent-elles être assimilées à la mort ou

à l'émancipation pour donner à ses descendants la part virile qu'aurait eue leur père, s'il n'avait pas été incapable ou indigne ? L'affirmative n'est pas douteuse, car les exclure de la succession pour l'incapacité ou la faute de leur père, ce serait une rigueur injuste. Le Code civil français admet la représentation, mais uniquement des personnes mortes.

I. Succession aux ingénus.

La succession au patrimoine laissé par un ingénu doit être étudiée au triple point de vue du droit civil, du droit prétorien et du droit impérial.

Système successoral de la loi des Douze Tables. — La loi des Douze Tables divisait les successibles *ab intestat* en trois ordres ou classes : les *sui heredes*, les agnats et les *gentiles*.

Sui heredes. — Les *sui heredes*, qui composaient le premier ordre, sont tous les descendants qui se trouveraient placés, au moment de l'ouverture de l'hérédité, sous la puissance immédiate du défunt, s'il vivait encore. Cette définition comprend les enfants ou petits-enfants *per masculos*, issus du mariage ou adoptifs, placés sous la puissance immédiate du défunt au moment de sa mort, la femme *in manu*, qui leur est assimilée comme fille, *loco filiæ,* à l'égard de son mari, et comme petite-fille, *loco neptis*. à l'égard de son beau-père. Par exception à la règle, on admet à succéder en qualité de *suus heres*, bien qu'il n'ait pas été en fait sous la puissance immédiate du défunt, l'enfant ou petit-enfant simplement conçu au moment du décès.

Quand il y a plusieurs *sui heredes* qui viennent à la succession, le partage a lieu par têtes, s'ils sont au même degré, et par souches, s'ils sont à des degrés inégaux.

Les *sui heredes* sont héritiers nécessaires : ils acquièrent la succession de plein droit et même malgré eux, à l'instant de la délation. Il résulte de cette acquisition forcée que l'hérédité est immédiatement transmissible à leurs propres héritiers, qu'ils ne peuvent la transférer à un tiers, et qu'il ne saurait jamais y avoir lieu ni à accroissement au profit de leurs cohéritiers, ni à dévolution à des successibles subséquents.

Agnats. — A défaut de *sui heredes*, l'hérédité est déférée aux agnats. L'agnation est le lien qui unit les membres d'une même famille civile ; les *sui heredes* ne sont donc que des agnats privilégiés. La loi des Douze Tables ne faisait aucune distinction entre les hommes et les femmes. Mais une jurisprudence, inspirée par la loi *Voconia*, qui voulait restreindre la fortune des femmes, exclut de l'ordre successoral des agnats toutes les femmes, excepté les sœurs.

Lorsqu'il y a plusieurs agnats, le plus proche en degré l'emporte ; s'ils sont tous au même degré, ils partagent par têtes.

Les agnats sont des héritiers externes : l'acquisition de l'hérédité est donc pour eux facultative et ne peut résulter que d'une adition régulière. Il suit de là que l'agnat peut, par une *in jure cessio* faite avant toute adition ou répudiation, transférer l'hérédité à un tiers.

En cas de répudiation par l'agnat appelé, l'hérédité est dévolue aux agnats subséquents.

Gentiles. — A défaut d'agnats, la loi des Douze Tables déférait l'hérédité aux *gentiles* ou membres de la *gens*. On n'a pas encore acquis une notion exacte de la gentilité. La conjecture la plus vraisemblable est celle qui voit dans la gentilité une parenté civile, impliquant la communauté d'origine : la *gens* est la souche première ; de cette souche se détachent des membres qui fondent des familles nouvelles, avec le nom primitif de la *gens* et un surnom qui les distingue. Dans chaque famille, ceux qui sont unis par le lien de puissance sont agnats, et les agnats de ces familles sont *gentiles* entre eux, parce que tous remontent à une souche commune, la *gens*, dont ils ont conservé le nom. Les *gentiles* avaient des rites communs, se devaient réciproquement assistance, avaient une sépulture commune, et, à défaut d'agnats dans la famille propre du défunt, étaient appelés à recueillir la succession. La *gentilitas* n'a plus, à l'époque classique, qu'une existence purement nominale ; sans doute, la difficulté de remonter à la souche commune, après un long intervalle de temps, avait dû contribuer pour beaucoup à faire perdre à la gentilité ses prérogatives successorales. Les *gentiles* étaient, comme les agnats, des héritiers externes.

Ce système successoral reposait, comme on le voit, exclusivement sur la notion artificielle et étroite de la *patria potestas*, de l'agnation et de la *gentilitas* ; il méconnaissait les liens du sang : ainsi, entre la mère et l'enfant ,il n'y avait aucun droit de succession réciproque, à moins que la mère ne fût soumise à la *manus* du mari défunt ; ainsi encore, les descendants par les femmes et même les descendants par mâles qui avaient été émancipés ou donnés en adoption ne pouvaient venir à la succession de leur aïeul. Le droit prétorien et le droit impérial devaient effacer progressivement ces inégalités choquantes.

Système prétorien. — Théorie des bonorum possessiones.— Origine et notions générales. — La *bonorum possessio* est la dévolution héréditaire d'un patrimoine faite par le droit prétorien. Elle est à l'hérédité civile ce que la propriété prétorienne est à la propriété quiritaire. Le préteur l'imagina pour substituer au système rigoureux et injuste des Douze Tables un système successoral conforme aux progrès de la civilisation. Mais la théorie de la *bonorum possessio* ne s'est pas formée en un jour ; l'élaboration en fut lente et progressive. La *bonorum possessio* était, à l'origine, une simple règle de procédure destinée à déterminer celui des deux plaideurs qui, pendant le cours d'une instance en pétition d'hérédité, aurait la possession intérimaire de la chose litigieuse. Sous la procédure des actions de la loi, les deux parties devaient faire la preuve de leurs prétentions respectives, et à défaut, celui que le préteur avait investi de la *bonorum possessio* gardait les biens héréditaires. Sous la procédure formulaire, celui que le préteur envoie en possession joue le rôle de défendeur et triomphe, si son adversaire ne peut établir son droit à l'hérédité. Le magistrat se bornait ainsi à fixer consciencieusement le rôle des plaideurs sans vouloir statuer sur le fond de l'affaire ; car celui à qui la *bonorum possessio* avait été refusée avait la faculté de prouver son titre devant le juge. Comme on le voit, le préteur n'avait nullement songé tout d'abord à substituer au système héréditaire civil un système nouveau. Cet usage de procédure devint même, entre les mains du préteur, un excellent moyen pour faire triompher l'héritier dont la voca-

tion reposait sur les règles du droit civil en lui assurant le rôle de défendeur : à ce premier point de vue, on peut dire que la *bonorum possessio* confirmait le droit civil : *confirmandi juris civilis gratia*. Plus tard, le préteur, trouvant que le cercle des héritiers légitimes du droit civil était trop restreint, accorde, à défaut de *sui heredes*, d'agnats ou de *gentiles*, la *bonorum possessio* aux cognats ou au conjoint, qui n'ont aucune qualité pour venir à la succession civile : à ce deuxième point de vue, la *bonorum possessio* vient suppléer le droit civil, combler ses lacunes : *supplendi juris civilis gratia*. Enfin, avec le temps, le préteur s'enhardit à lutter contre le droit primitif; il refuse la *bonorum possessio* à certains héritiers du droit civil pour la donner de préférence à d'autres personnes que le droit civil repousse, mais qui lui paraissent plus dignes d'intérêt, comme les cognats de l'émancipé défunt : à ce troisième point de vue, la *bonorum possessio* vient corriger les rigueurs ou les iniquités du droit civil : *corrigendi juris civilis gratia*. Il faut remarquer, d'ailleurs, que, dans tous ces cas, le préteur ne tranche pas la question de propriété, dont la connaissance appartient au juge du pétitoire.

En résumé, la *bonorum possessio*, dans le dernier état du droit prétorien, est, au fond, un véritable système successoral confirmant, complétant ou amendant le système du droit civil et conférant à celui qui en est investi, non pas la qualité d'héritier, que le magistrat ne peut donner, mais tous les avantages pratiques qui s'attachent à cette qualité.

Il ne faut pas confondre la *bonorum possessio*, qui forme un véritable système successoral et qui est appelée *edictalis*, parce qu'elle est accordée, sans examen préalable sur le fond du droit, en vertu d'une disposition générale de l'Edit, avec la *bonorum possessio decretalis*, qui ne forme pas un système successoral et qui n'est accordée que par un décret spécial, après examen préalable, à raison de certaines circonstances particulières, laissées à l'appréciation du préteur. Tandis que, pour obtenir la *bonorum possessio edictalis*, il suffit de se trouver dans un des cas prévus par l'Edit et de la demander au magistrat, le préteur est souverain pour accorder ou refuser la *decretalis*; la

bonorum possessio decretalis appartient donc à la juridiction contentieuse, tandis que la *bonorum possessio edictalis*, qui ne suppose pas un examen, appartient à la juridiction gracieuse. La *bonorum possessio decretalis* se donne ordinairement en présence d'un obstacle temporaire à l'exercice d'un droit à la *bonorum possessio edictalis*, dont la preuve est actuellement impossible : ainsi un impubère demande la *bonorum possessio edictalis* comme descendant du défunt, et on lui conteste sa filiation; l'édit Carbonien décide que cette question d'état ne sera jugée, à raison de sa gravité, qu'après la puberté, époque où l'enfant pourra veiller lui-même à ses intérêts, mais que le préteur pourra, en attendant, lui accorder provisoirement, après examen sommaire de la vraisemblance de ses droits, une *bonorum possessio decretalis* : cette *bonorum possessio* implique donc obligation éventuelle de restituer, mais elle est protégée par l'interdit prohibitoire *ne vis fiat ei qui in possessionem missus est*.

Les *bonorum possessiones edictales* sont testamentaires ou *ab intestat* : les premières supposent l'existence d'un testament valable ; les secondes se défèrent en l'absence de tout testament efficace.

Bonorum possessiones testamentaires. — Il y a deux *bonorum possessiones* testamentaires : la *bonorum possessio contra tabulas* et la *bonorum possessio secundum tabulas*.

Bonorum possessio contra tabulas. — Cette *bonorum possessio* est celle qui, ne tenant pas compte des institutions faites dans un testament valable, s'accorde à certaines personnes que le défunt aurait dû instituer ou exhéréder. Ce sont les descendants omis ou exhérédés irrégulièrement ; les descendants régulièrements exérédés n'ont d'autre ressource que la plainte d'inofficiosité. Mais les descendants institués, une fois que la *bonorum possessio* est ouverte au profit des descendants omis ou exhérédés irrégulièrement, ont le droit d'en profiter aussi : sinon, ils seraient traités moins favorablement que les omis. Pour que le descendant omis ou exhérédé irrégulièrement puisse demander cette *bonorum possessio*, il faut qu'il soit capable au jour du décès.

La *bonorum possessio contra tabulas* a pour effet de faire tomber les institutions, les legs et les fidéicommis. Toutefois, le *bonorum possessor* est tenu exceptionnellement d'acquitter les legs ou fidéicommis faits au profit des ascendants ou descendants du testateur. Les exhérédations, la substitution pupillaire, la nomination d'un tuteur sont maintenues, car ces dispositions n'ont rien d'incompatible avec le droit du *bonorum possessor*. Le partage des biens s'opère par tête ou par souche, suivant les cas. Si, parmi les *bonorum possessores*, il y a des émancipés ou des enfants d'émancipés venant en concours avec des *sui heredes*, ils leur devront le rapport de leurs biens personnels.

Bonorum possessio secundum tabulas. — Cette *bonorum possessio*, dont le but est de faire exécuter le testament, est déférée aux héritiers institués dans un testament valable *jure civili* ou *jure prætorio*. Le préteur l'accorde d'abord aux héritiers institués dans un testament valable d'après le droit civil, à la seule condition qu'il n'y ait pas lieu de déférer la *bonorum possessio contra tabulas*. Il la donne également aux institués compris dans un testament nul *jure civili*, mais remplissant les conditions de validité exigées par le droit prétorien. Rappelons, à cet égard, que pour qu'un testament soit valable en droit prétorien, il suffit qu'il porte le cachet des sept témoins et que le testateur et l'héritier aient eu la *factio testamenti* au jour de la confection du testament et au jour du décès, alors même qu'ils l'auraient perdue dans l'intervalle. Il va sans dire que cette *bonorum possessio* se défère sous l'obligation d'acquitter toutes les libéralités et toutes les charges contenues dans le testament.

Bonorum possessiones ab intestat. — Ces *bonorum possessiones* sont au nombre de huit ; les voici dans l'ordre suivi par l'Edit : 1° *bonorum possessio undè liberi* ; 2° *undè legitimi* ; 3° *undè decem personæ* ; 4° *undè cognati* ; 5° *tum quem ex familiâ* ; 6° *undè patronus et patrona, liberique eorum et parentes* ; 7° *undè vir et uxor* ; 8° *undè cognati manumissoris*.

Bonorum possessio undè liberi. — La première classe de successeurs prétoriens est celle des *liberi*, plus large que la classe civile des *sui heredes*. Les *liberi* sont tous les *sui heredes* naturels ou adoptifs, et tous les descendants naturels qui compte-

raient parmi les *sui heredes*, sans une *minima capitis deminutio* qui leur a enlevé cette qualité, pourvu, toutefois, qu'ils ne soient pas, à l'époque de la mort du père, dans une famille adoptive ; car, ils auraient alors gardé l'espoir de recueillir la succession de leur père adoptif. Le partage a lieu par têtes ou par souches, et si un émancipé concourt avec un *suus heres*, il est tenu à l'obligation du rapport.

Bonorum possessio undè legitimi. — La deuxième des *bonorum possessiones ab intestat* est donnée à ceux que le droit civil (loi des Douze Tables, constitutions, sénatus-consultes) appelle à l'hérédité légitime. Tels sont : 1° les agnats ; 2° les *gentiles* ; 3° le patron et ses descendants ; 4° le *parens manumissor* ; 5° l'*extraneus manumissor* ; 6° la mère venant à la succession de ses enfants en vertu du sénatus-consulte Tertullien ; 7° les enfants venant à la succession de leur mère en vertu du sénatus-consulte Orphitien ; 8° les frères et sœurs émancipés ou utérins que le droit du Bas-Empire fait concourir avec les frères et sœurs consanguins. Comme on le voit, cette *bonorum possessio* se bornait à confirmer le droit civil.

Bonorum possessio undè decem personæ. — En cas de décès d'un ingénu émancipé sans contrat de fiducie, le préteur écarte le *manumissor* étranger et lui préfère dix cognats de l'émancipé : le père et la mère, l'aïeul et l'aïeule paternels ou maternels, le fils et la fille, le petit-fils et la petite-fille *ex filio* ou *ex filiâ*, les frères et sœurs germains et consanguins ou utérins.

Bonorum possessio undè cognati. — Cette *bonorum possessio* se donne, à défaut de *sui heredes* ou d'agnats, à l'ordre des cognats, dont la création constitue une réforme importante en consacrant les droits de parenté du sang. La cognation se fonde sur la parenté légitime ou naturelle. Sont cognats : les *liberi* et les agnats unis au défunt par les liens du sang, qui n'ont pas besoin, en principe, d'invoquer le titre de cognats, les ascendants du défunt, sa mère, les enfants de la défunte, les parents par les femmes. Les enfants issus du concubinat ont la même vocation successorale par rapport à leur mère ou aux cognats de leur mère ; la parenté qui résulte du *contubernium*, *cognatio servilis*, confère un droit successoral sous Justinien. Le préteur limite la vocation des cognats au sixième degré inclusivement

et n'appelle dans le septième que les enfants de cousins ou cousines issus de germains. Le plus proche cognat exclut tous les autres ; s'il y en a plusieurs au même degré, ils partagent par têtes.

Cette *bonorum possessio* fut établie, comme on le voit, pour combler les lacunes du droit civil ; elle se bornait à consacrer la *ratio sanguinis*, le lien du sang, sans détruire ni restreindre aucune vocation fondée sur la loi civile ; car les cognats ne sont appelés qu'à défaut de *sui heredes* ou d'agnats.

Bonorum possessio tum quem ex familiâ. — Cette *bonorum possessio* est déférée, dans la succession laissée par un affranchi, aux agnats du patron décédé. Le patron et ses descendants ont la *bonorum possessio undè legitimi*.

Bonorum possessio undè patronus et patrona, liberique eorum et parentes. — D'après Théophile, cette *bonorum possessio* est déférée au patron et à la patronne de l'affranchi décédé, et, à leur défaut, à leurs descendants ou ascendants, dans tous les cas où ils ne peuvent invoquer ni la *bonorum possessio undè legitimi* ni la *bonorum possessio tum quem ex familiâ*, notamment, lorsqu'ils ont subi une *capitis deminutio* depuis l'affranchissement. Une autre opinion suppose que l'affranchi défunt avait également un affranchi comme patron, et cette *bonorum possessio* serait attribuée, à défaut du patron prédécédé sans laisser d'agnats, au propre patron de ce dernier, à ses descendants ou ascendants.

Bonorum possessio undè vir et uxor. — A défaut des successibles précédents, le préteur appelle le conjoint survivant, mais à condition qu'il fût engagé dans les *justæ nuptiæ* avec l'époux prédécédé. Cette *bonorum possessio* ne prit de l'importance qu'après la disparition de la *manus* ; car, la femme *in manu* venant à prédécéder, ses biens restaient au mari qui les avait acquis ; si elle survivait, elle était classée dans l'ordre des descendants.

Bonorum possessio undè cognati manumissoris. — Le préteur appelle à la succession de l'affranchi, à défaut de tous ceux qui jouissent des *bonorum possessiones* précédentes, les cognats du patron jusqu'au sixième degré et même jusqu'au septième pour les enfants d'un cousin ou d'une cousine.

Bonorum possessio tantôt testamentaire, tantôt ab intestat : uti ex legibus. — La *bonorum possessio uti ex legibus* est ainsi nommée, parce qu'elle est donnée à toute personne appelée à une hérédité par une loi, un sénatus-consulte ou une constitution impériale. Elle est générale, et se défère, tantôt quand il existe un testament, tantôt en l'absence d'un testament. Comme exemple d'une *bonorum possessio uti ex legibus* testamentaire, nous citerons la *bonorum possessio* des parts vacantes qui adviennent au peuple en vertu des lois Caducaires.

Formes de la bonorum possessio. — A l'origine, la *bonorum possessio* n'est accordée que sur une demande expresse faite en termes solennels au magistrat supérieur. Au Bas-Empire, il suffit d'adresser une demande en termes quelconques aux magistrats municipaux. La demande doit être faite dans le délai utile de cent jours en principe, ou d'un an pour les ascendants ou descendants du défunt : ce délai, fondé sur l'intérêt du *bonorum possessor*, qui a besoin de réfléchir avant de se décider, et des créanciers héréditaires, court du jour où le *bonorum possessor* connaît sa vocation et peut agir. Il est fatal et son expiration entraîne l'exclusion. Le magistrat n'a qu'à examiner si la demande est conforme à l'édit, en supposant vrais les faits allégués ; car la question de droit sera examinée par le juge de l'interdit *quorum bonorum* ou de la pétition d'hérédité.

Effets de la bonorum possessio. — Les effets de la *bonorum possessio* varient, suivant qu'elle est donnée *cum re* ou *sine re*. La *bonorum possessio cum re* confère un titre héréditaire définitif : elle est opposable à l'héritier civil comme aux tiers ; le *bonorum possessor* qui l'obtient n'aura donc pas à restituer les biens à l'héritier civil. La *bonorum possessio sine re* ne confère qu'un titre héréditaire provisoire, opposable seulement aux tiers et susceptible de tomber devant les prétentions d'un héritier du droit civil.

A l'origine, elle fut, en principe, *sine re*, car elle était alors un simple moyen de procédure. Elle n'était *cum re* qu'à la condition de compéter à l'héritier civil lui-même ou en l'absence d'héritiers civils. Mais, quand la *bonorum possessio* devint un

véritable système successoral, destiné à remplacer l'ancien, la *bonorum possessio cum re* tendit progressivement à devenir plus fréquente. Sous Justinien, elle est toujours donnée *cum re*: c'était le triomphe définitif de la succession prétorienne.

Le *bonorum possessor cum re* ou *sine re* jouit de l'interdit *quorum bonorum* et de la *petitio hereditatis possessoria*. Le *bonorum possessor cum re* ou *sine re* triomphe toujours sur l'interdit ; le *bonorum possessor cum re*, seul, triomphe sur la pétition d'hérédité contre un héritier civil.

Le *bonorum possessor* n'a les choses héréditaires que *in bonis* et doit les usucaper pour acquérir la propriété quiritaire. Il n'est pas investi des actions directes actives ou passives, mais le préteur lui donne contre les débiteurs du défunt et donne contre lui aux créanciers du défunt des actions utiles ou fictices. Il n'est pas le continuateur juridique du *de cujus* et, par suite, n'est pas tenu des *sacra* ; mais il recueille l'actif et supporte le passif même *ultra vires ;* en outre, il transmet son droit à ses propres successeurs, quand il a obtenu la *bonorum possessio ;* il est investi et tenu de l'action *familiæ erciscundæ*. Enfin, il jouit contre tous ceux qui possèdent *pro herede* ou *pro possessore* de l'interdit *quorum bonorum*, qui manque à l'*heres* du droit civil, et est armé contre les tiers d'une action en revendication, la *petitio hereditatis possessoria*.

Théorie de la collatio bonorum. — La théorie du rapport doit être étudiée d'abord telle que le préteur l'avait organisée primitivement, et ensuite, avec les modifications qui y furent introduites par la jurisprudence et le droit impérial.

Théorie prétorienne du rapport — Le préteur impose aux descendants *per masculos* émancipés ou devenus *sui juris* par l'élévation à certaines dignités l'obligation de partager leurs biens personnels avec les *sui heredes* qui subissent leur concours, soit dans la *bonorum possessio contra tabulas*, soit dans la *bonorum possessio undè liberi*. L'institution du rapport a pour but de réparer une injustice que faisait naître le concours des émancipés et des enfants restés en puissance. Ceux-ci, en effet, n'ont rien pu acquérir en propre ; leurs acquisitions sont allées grossir le patrimoine paternel qui va se partager entre eux

et les émancipés ; les émancipés, au contraire, ont pu se constituer une fortune personnelle. Il était donc de toute justice d'obliger les émancipés à rapporter à la masse héréditaire leurs biens propres, afin que les *sui heredes* pussent y venir prendre leur part.

Le droit d'exiger le rapport appartient aux *sui heredes* investis de la *bonorum possessio contra tabulas* ou *undè liberi*, toutes les fois que le concours des émancipés leur cause un préjudice.

D'abord, le rapport n'est dû qu'aux *sui heredes ;* si donc la *bonorum possessio* n'est déférée qu'à des émancipés, il n'est jamais question de rapport ; il suit de là également que le rapport ne doit jamais profiter aux émancipés : ainsi, quand il y a plusieurs émancipés, le rapport se fait entre les *sui heredes* et chaque émancipé séparément, à l'exclusion des autres émancipés ; un *suus heres* arrive donc à avoir plus que chaque émancipé, puisque, outre sa part dans les biens du défunt, il a le droit de venir au partage des biens des émancipés.

En outre, les *sui heredes* ne peuvent exiger le rapport qu'autant qu'ils ne se sont pas contentés de leur titre civil et ont été investis de la *bonorum possessio*.

Enfin, le rapport ne leur est dû que dans le cas où le concours des émancipés leur cause un préjudice : ainsi, par exemple, un fils émancipé qui se trouve en présence de ses propres enfants *sui heredes* de l'aïeul, ne doit le rapport qu'à eux, car sa part se prend tout entière sur la leur.

Quels biens sont rapportables ? En principe, le rapport s'applique à tous les biens qui se trouveraient dans la succession, si l'enfant fût resté *suus heres*. Ainsi, s'il s'agit d'un émancipé, la *collatio* comprendra tous les biens corporels ou incorporels, acquis depuis l'émancipation jusqu'au décès du père, excepté les biens composant le pécule *castrense* ou *quasi-castrense*, car ces biens constituent pour le fils de famille lui-même un patrimoine indépendant. Par dérogation au principe, sont dispensés du rapport : 1° les biens donnés par le père à l'émancipé pour lui permettre de remplir certaines charges spéciales ; 2° la dot que l'émancipé a reçue de sa femme, car elle a pour

but de subvenir aux charges du mariage ; 3° les actions intransmissibles activement, comme l'action d'injures.

Le rapport doit être effectué par l'émancipé dans l'année qui suit l'ouverture de son droit, sous peine d'être exclu du partage de la masse héréditaire. Il peut se faire, au choix de l'émancipé, ou en nature, ou en moins prenant, ou encore en donnant caution. Il se fait en nature par la remise effective des biens dans la masse ; il se fait en moins prenant, lorsque l'émancipé déduit de sa part héréditaire la valeur des choses soumises au rapport ; il se fait en donnant caution, lorsque l'émancipé prend l'engagement, garanti par une sûreté personnelle ou réelle, d'indemniser ses cohéritiers dans la mesure du rapport qu'il doit effectuer.

Modifications introduites par la jurisprudence et le droit impérial. — Les règles prétoriennes furent modifiées progressivement par les jurisconsultes et les constitutions impériales.

Le préteur n'imposait jamais le rapport aux *sui heredes ;* Antonin le Pieux modifia cette règle en décidant que la fille restée en puissance du défunt rapporterait sa dot profectice ou même adventice.

Le rapport n'était jamais dû aux émancipés ; la jurisprudence finit par décider que la dot profectice serait rapportée tant aux émancipés qu'aux *sui.*

Jusqu'ici le rapport n'était possible que dans la succession d'un ascendant mâle et n'était imposé qu'aux descendants *per masculos.* L'empereur Léon oblige tout descendant succédant à un ascendant ou à une ascendante à rapporter la dot ou la donation *propter nuptias* reçues du défunt ou de la défunte.

Enfin, le nouveau principe d'après lequel le fils de famille fut reconnu propriétaire de tous les biens qui ne lui provenaient pas du père, devait influer sur la théorie du rapport et faire généraliser les modifications qui y avaient été apportées. L'obligation du rapport allait reposer désormais sur le désir de maintenir l'égalité entre les descendants, relativement aux biens émanant du *de cujus.* Justinien consacre la théorie nouvelle en décidant que le rapport s'appliquera à tous les biens s'imputant sur la quarte légitime qu'un descendant suc-

cessible, émancipé ou *suus*, venant à une hérédité *ab intestat*, a reçus de l'ascendant défunt ; les donations entre-vifs ne sont pas rapportables, à moins que le donataire ne concoure avec un autre successible qui rapporte une dot ou une donation *propter nuptias*. Justinien, dans ses Novelles, décide que le rapport sera dû même dans les successions testamentaires, à moins d'une dispense expresse du testateur.

En résumé, le rapport est dû désormais à la succession de tout ascendant, de l'un ou de l'autre sexe, et n'a plus pour objet que les biens provenant du défunt. Mais il n'a jamais été imposé aux successibles ascendants ou collatéraux.

Législation impériale. — Nous avons vu que, dans le droit prétorien, les cognats n'arrivaient à la *bonorum possessio* qu'à défaut de *sui heredes* et d'agnats. Sous la législation impériale, l'agnation va perdre progressivement sa prédominance, et la cognation donner accès à l'hérédité civile. Les réformes du droit impérial portent sur l'ordre des descendants, des ascendants et des collatéraux.

Descendants. — D'après le droit prétorien, l'enfant ne venait à la succession de sa mère qu'au rang des cognats. Le sénatus-consulte Orphitien, rendu sous Marc-Aurèle, défère les biens de la mère à ses enfants même naturels. Une constitution de Valentinien défère la succession de l'aïeule ou bisaïeule à ses petits-enfants ou arrière-petits-enfants.

Ascendants. — Le sénatus-consulte Tertullien, rendu sous Antonin le Pieux, appelle la mère à la succession de ses enfants prédécédés, légitimes ou naturels. La vocation de la mère était subordonnée à deux conditions : 1° la mère doit avoir trois enfants, si elle est ingénue, quatre, si elle est affranchie ; on voulait ainsi stimuler la fécondité de la femme ; 2° la mère majeure de vingt-cinq ans devait faire nommer un tuteur à son enfant impubère ; si celui-ci meurt avant sa puberté, la mère négligente se trouvera exclue de sa succession. Cette seconde condition avait pour but de protéger l'enfant impubère.

La mère était primée par les descendants du défunt, par le père et les frères consanguins du défunt. Elle concourait avec les sœurs consanguines et les frères émancipés du défunt.

Justinien décide que la mère viendra après les descendants et le père, et concourra avec les frères et sœurs du défunt.

Collatéraux. — Anastase fait concourir les frères et sœurs émancipés ou utérins avec les frères et sœurs consanguins. Justinien appelle, à défaut de frères ou sœurs germains, consanguins ou utérins, les enfants du premier degré issus de frères ou sœurs émancipés ou utérins.

Succession laissée par un fils de famille. — Tant que le fils de famille n'eut pas de patrimoine propre, il ne put laisser une succession *ab intestat ;* s'il mourait intestat, ses biens revenaient comme un pécule ordinaire à l'ascendant investi de la puissance. Mais, à partir du règne de Théodose, une réforme commence à s'accomplir : la dot, la donation *propter nuptias*, les gains nuptiaux, les pécules *castrense* et *quasi-castrense*, les biens adventices, c'est-à-dire, en somme, tous les biens dont le fils de famille a la propriété, finissent par former une hérédité légitime dévolue aux descendants du défunt ou de la défunte, après eux, au père, et, à défaut du père, à l'aïeul. Plus tard, on fit passer avant le père les frères et sœurs du défunt.

Succession laissée par un émancipé. — Dans le droit classique, la succession *ab intestat* de l'émancipé était attribuée d'abord à ses descendants *sui heredes*, après eux, à l'ascendant émancipateur, s'il y avait eu un contrat de fiducie, ou, dans le cas contraire, à l'*extraneus manumissor* ou à ses descendants. Mais le préteur écarta l'*extraneus manumissor*, pour faire passer avant lui dix proches parents de l'émancipé, à qui il accorda la *bonorum possessio undè decem personæ.* Le sénatus-consulte Orphitien permit aux enfants d'une fille émancipée de primer le père émancipateur. Le sénatus-consulte Tertullien appela, à défaut du père, la mère à la succession de l'émancipé. Justinien, en déclarant que l'émancipation serait toujours réputée faite *contractâ fiduciâ*, décida par là même que l'ascendant émancipateur ne serait jamais primé que par les descendants et les frères ou sœurs du défunt.

II. — Succession aux affranchis

La succession au patrimoine laissé par un affranchi doit

être étudiée sous la loi des Douze Tables, sous le droit prétorien, sous le droit impérial et sous Justinien.

Droit des Douze Tables. — A l'origine, tous les affranchis sont citoyens. Leur succession *ab intestat* est attribuée à leurs *sui heredes*, les seuls agnats qu'ils puissent avoir, et, à défaut de *sui*, au patron et à ses descendants. Les femmes affranchies ne pouvaient donc mourir intestates sans laisser leur succession au patron, puisqu'elles n'avaient pas de *sui heredes*. Du reste, l'affranchi trouvait dans le testament ou l'adoption le moyen d'écarter le patron de sa succession.

La succession laissée par une personne libérée du *mancipium* subissait le même sort que celle laissée par l'affranchi.

Droit prétorien. — Le préteur appelle à la succession de l'affranchi les *liberi naturales*, à l'exclusion du patron ; mais, s'il n'y a que des enfants adoptifs, le patron a droit à la moitié des biens de l'affranchi mourant testat ou intestat ; il réclame cette réserve par la *bonorum possessio dimidiæ partis*. Nous connaissons déjà les *bonorum possessiones* que le préteur organisa au profit du patron ou de sa famille.

Droit impérial. — Dans cette période, les affranchis sont divisés en trois classes : les affranchis citoyens, les latins juniens et les affranchis déditices.

Affranchis citoyens : La loi *Papia Poppæa*, dont le but était d'encourager à la procréation légitime, distingue, pour déférer la succession de l'affranchi citoyen, suivant le sexe de l'affranchi et du patron, suivant le nombre des enfants de l'un et de l'autre et suivant le montant de la succession.

Latins juniens : Le latin junien n'avait pas le droit de tester et, à sa mort, son patrimoine revient à son patron, non à titre successoral, mais à titre de pécule, en vertu d'une propriété antérieure qu'il est censé recouvrer. Les droits du patron prédécédé sont toujours compris dans sa succession et passent à ses héritiers. Le patron n'est tenu des dettes de l'affranchi que dans la mesure du pécule.

Affranchis déditices : Le déditice ne peut ni tester, ni laisser de succession *ab intestat* ; mais, comme il peut acquérir des biens, la loi *Œlia Sentia* décide que ces biens passeront, à

titre successoral, au patron et à ses descendants même exhérédés, ou, à titre de pécule, au patron et à ses héritiers, suivant que le déditice, abstraction faite de son vice originaire, serait devenu citoyen ou latin par l'effet normal de l'affranchissement.

Droit de Justinien. — Sous Justinien, il n'y a plus que des affranchis citoyens. Ce prince distingue suivant que l'affranchi, de l'un ou de l'autre sexe, a testé ou n'a pas testé :

A-t-il testé : s'il laisse une fortune inférieure à cent sous d'or, le patron peut être omis ; s'il laisse une fortune supérieure à cent sous d'or, le patron ne peut prétendre à l'hérédité quand il y a des descendants ; à défaut de descendants, un tiers des biens lui est assuré.

N'a-t-il pas testé : la postérité de l'affranchi vient en première ligne ; le patron et ses descendants ne viennent que si l'affranchi est décédé sans postérité.

Assignatio libertorum. — On appelle ainsi la faculté qu'un sénatus-consulte du règne de Claude donne au patron d'investir de tous ses droits sur la succession de l'affranchi l'un ou plusieurs de ses descendants, à l'exclusion des autres. Cette *assignatio* a l'avantage d'écarter le concours des autres descendants à la succession de l'affranchi. Elle n'est soumise à aucune forme solennelle. Elle ne peut être valablement opérée qu'au profit d'un descendant, de l'un ou de l'autre sexe, même exhérédé, qui se trouve actuellement sous la puissance immédiate ou médiate du patron. Elle est transmissible, mais susceptible d'une révocation expresse ou tacite. Enfin, elle admet l'application du droit d'accroissement entre plusieurs bénéficiaires.

III. — Régime successoral des Novelles

Résumé du système successoral des Institutes et du Code de Justinien. — Justinien opère une fusion entre les règles du droit civil et celles du droit prétorien ; les premières ont prévalu pour les effets du titre héréditaire, les secondes pour la détermination des successibles. La parenté naturelle devient désormais le fondement du droit héréditaire : or, la cognation n'étant pas effacée par la *minima capitis deminutio*, il

s'ensuit que le *capite minutus* conserve son droit héréditaire. Il résulte encore du principe que la vocation est fondée sur la parenté que l'*alieni juris* peut valablement être appelé à une succession. D'un autre côté, la *minima capitis deminutio* subie par le défunt n'influe plus désormais sur la dévolution de son hérédité : Justinien supprime, en conséquence, la *bonorum possessio undè decem personæ.* En outre, il fait disparaître les *bonorum possessiones* relatives aux affranchis. Mais il conserve les *bonorum possessiones contra tabulas*, *secundum tabulas*, *undè liberi*, *undè legitimi*, *undè cognati*, *undè vir et uxor*, *uti ex legibus*. La *bonorum possessio* est toujours donnée *cum re*, c'est-à-dire que ses effets sont définitifs ; en outre, le *bonorum possessor* n'a plus besoin d'usucaper, il acquiert immédiatement la propriété.

Système successoral des Novelles. — Le système des Institutes et du Code laissait encore subsister des injustices choquantes : supériorité des descendants d'un fils sur les descendants d'une fille, exclusion de la mère par le père, préférence des collatéraux agnats aux cognats autres que les descendants, les père et mère, les frères et sœurs, les neveux et nièces. La Novelle 118, complétée par la Novelle 127, vint organiser un nouveau régime successoral basé sur l'ordre des affections naturelles du défunt, sans distinction entre l'agnation et la cognation, entre l'un et l'autre sexe, entre la descendance par les mâles et la descendance par les femmes. Ce système est le fondement de notre droit successoral moderne.

Il y a désormais trois classes de successibles : 1° les descendants ; 2° les ascendants et frères et sœurs germains ou leurs enfants au premier degré ; 3° les collatéraux ordinaires.

1e classe : Descendants. — Cette classe comprend tous les descendants, de l'un ou de l'autre sexe, du défunt ou de la défunte, issus d'un fils ou d'une fille, sans distinction entre les *alieni juris*, les émancipés ou ceux donnés en adoption. Mais les descendants en puissance ne recueillent que la nue propriété des biens dont ils héritent ; l'ascendant investi de la puissance en acquiert l'usufruit.

Si les descendants sont tous au même degré, ils partagent

par tête ; s'ils sont à des degrés inégaux dans une même souche, le plus proche exclut les autres ; s'ils sont à des degrés inégaux dans des souches différentes, par exemple, un fils et des petits-enfants nés d'un autre fils prédécédé ou incapable, il y a partage par souches ; les petits-enfants représentent leur père et ne comptent que pour un dans le partage.

2e classe : Ascendants et frères et sœurs germains ou leurs enfants au premier degré. — Parmi les ascendants, les plus proches excluent toujours les plus éloignés ; mais ils subissent le concours des collatéraux privilégiés, qui sont les frères et sœurs germains et leurs enfants au premier degré. Il faut donc distinguer deux hypothèses :

1° *Les ascendants viennent seuls* : s'ils sont égaux dans la même ligne, ils partagent par tête ; s'ils appartiennent à des lignes différentes, il y a d'abord un premier partage entre chaque ligne, puis dans chaque ligne un partage par tête.

2° *Les ascendants concourent avec les collatéraux privilégiés, frères et sœurs germains ou leurs enfants au 1er degré* : chaque successible, ascendant, frère ou sœur, prend une part virile ; les enfants des frères et sœurs germains prédécédés peuvent représenter leur père ou mère, pourvu qu'ils soient au premier degré et qu'il y ait d'autres frères ou sœurs germains ; le partage a lieu par souches pour les neveux et nièces germains. Les collatéraux privilégiés excluent tous les autres collatéraux.

3e classe : Collatéraux ordinaires. — Ce sont, notamment, les frères et sœurs unilatéraux, c'est-à-dire consanguins ou utérins et les petits-enfants des frères ou sœurs germains. Il est à croire que leur vocation successorale ne dépasse pas le sixième degré ou le septième pour les fils de cousins. Le plus proche collatéral obtient toujours la préférence ; entre collatéraux du même degré, le partage a lieu par têtes.

La dévolution de degré à degré et de classe à classe résulte de l'enchaînement du nouveau système.

La Novelle 118 est complètement étrangère à la succession testamentaire ; les règles relatives à l'exhérédation, au testament inofficieux, à la *bonorum possessio contra tabulas* continuent donc à subsister.

IV. — Des successeurs irréguliers

Outre les héritiers ordinaires, dont nous venons d'étudier les droits, la loi reconnaît quatre catégories de successeurs irréguliers : 1° l'enfant naturel et la concubine ; 2° le conjoint ; 3 certaines corporations ; 4° le fisc.

Enfant naturel et concubine. — L'enfant naturel issu du concubinat et sa mère peuvent réclamer ensemble un sixième des biens du père naturel, quand il ne laisse ni postérité ni femme légitimes ; ils n'ont droit qu'à des aliments, dans le cas contraire. L'enfant *vulgo quæsitus* n'a aucune vocation à la succession de son père naturel, mais il vient à la succession de sa mère. L'enfant adultérin ou incestueux est frappé d'une incapacité complète de recevoir, soit par testament, soit *ab intestat*, de son père ou de sa mère.

Conjoint. — Quand l'un des deux époux, mari ou femme, prédécède sans laisser de parents au degré successible, le conjoint survivant arrive à la *bonorum possessio undè vir et uxor*, qui a été conservée par Justinien. En ce qui concerne la veuve, lorsqu'elle est sans dot et hors d'état de vivre suivant sa condition, elle a droit à un quart de la succession, s'il n'y a pas plus de trois enfants (*quarte du conjoint pauvre*), et, s'il y a plus de trois enfants, à une part virile. Dans le cas où il y a des enfants communs, on leur réserve la nue propriété de la portion de la mère, et celle-ci est réduite à l'usufruit. Réciproquement, le mari survivant a droit à l'usufruit d'une partie des biens de sa femme, lorsqu'il y a des descendants communs.

Corporations. — A défaut de parents et de conjoint, les biens du défunt peuvent passer à certaines corporations dont il faisait partie, telles que les collèges de décurions, les corps de métier, les monastères.

Fisc. — A défaut de tout héritier testamentaire ou *ab intestat*, la succession est vacante ou en déshérence et est déférée au fisc ou trésor impérial, qui a remplacé le trésor du peuple (*ærarium*). A partir du moment où l'on est certain qu'il n'y a aucun héritier, un délai de quatre ans s'ouvre pendant lequel la vacance peut être dénoncée aux agents du trésor. Après ce

terme, les possesseurs ne peuvent plus être dépossédés. Le fisc n'est ni héritier, ni *bonorum possessor* ; il ne continue pas la personne du défunt ; c'est un simple successeur aux biens. Il n'est, d'ailleurs, appelé qu'à recueillir l'excédent de l'actif sur le passif.

CHAPITRE II

AUTRES MODES D'ACQUÉRIR PER UNIVERSITATEM

In jure cessio d'une hérédité. — L'*in jure cessio*, que nous avons déjà étudiée, comme mode d'acquérir à titre particulier, peut s'appliquer aussi comme mode d'acquérir à titre universel d'une hérédité. Mais l'héritier *ab intestat* externe peut seul en user, pourvu qu'il n'ait pas encore fait adition ; car, s'il avait fait adition, il aurait acquis irrévocablement la qualité d'héritier, suivant le principe *semel heres semper heres*. Après l'adition, l'hérédité n'existe plus comme être juridique. L'héritier sien ou nécessaire ne peut céder une hérédité, qui lui est imposée ; son titre est ineffaçable. L'héritier testamentaire externe lui-même ne peut céder l'hérédité, même avant l'adition, parce qu'avant l'adition, il n'est pas investi et qu'il ne saurait céder ce qu'il n'a pas, et qu'après l'adition, sa qualité d'héritier est ineffaçable. L'héritier *ab intestat* externe peut préférer la cession à la répudiation, soit pour se procurer un prix, s'il cède à titre onéreux, soit pour faire une libéralité, s'il cède à titre gratuit. Le cessionnaire devient héritier au lieu et place du cédant et se trouve investi de tous les droits, de toutes les charges héréditaires et des *sacra privata* du défunt.

L'*in jure cessio* n'existe plus sous Justinien. Mais une hérédité acceptée peut, à cette époque, faire l'objet d'une vente ou de toute autre convention ; toutefois, le cédant garde le titre d'héritier, en vertu du principe *semel heres semper heres*.

Attribution des biens pour le maintien des affranchissements. — Ce mode de transmission à titre universel, que les Romains appellent *addictio bonorum libertatis gratiâ*, remonte à Marc-Aurèle : il consiste dans l'attribution de l'hérédité faite

par le magistrat à une personne, dans le but de maintenir les affranchissements contenus dans l'acte testamentaire.

Trois conditions sont exigées pour que l'*addictio* puisse être accordée :

1° Il faut qu'aucun héritier testamentaire ou *ab intestat* ne se présente pour recueillir le patrimoine ;

2° Il faut, à l'origine, que l'*addictio* soit demandée par l'un des esclaves affranchis dans l'acte testamentaire ;

3° Il faut que l'impétrant promette de payer toutes les dettes héréditaires.

L'*addictio* entraîne succession, non pas à la personne, mais aux biens du défunt ; elle crée une situation juridique analogue à celle du *bonorum possessor* ; elle ne confère donc que la propriété bonitaire, qui se transformera en quiritaire par l'usucapion ; en outre, les créances et les dettes héréditaires ne donnent lieu qu'à des actions fictices. Tous les affranchissements émanant du *de cujus* sont maintenus.

Sous Justinien, quand la succession est insolvable, on peut obtenir l'*addictio* sans promettre la liberté à tous les esclaves affranchis ; de plus, toutes les fois que les créanciers consentent à ne recevoir qu'un dividende, celui qui veut obtenir l'*addictio* ne sera pas tenu de s'engager au paiement intégral des dettes. L'*addictio* est permise au profit des étrangers ; si plusieurs la sollicitent simultanément, on préfère celui qui promet de maintenir le plus grand nombre d'affranchissements.

Conventio in manum. — La *conventio in manum*, lorsqu'elle porte sur une femme *sui juris*, c'est-à-dire qui peut avoir un patrimoine, procure à celui qui est investi de cette sorte de puissance, la pleine propriété du patrimoine de la femme.

Adrogation. — L'adrogé passait sous la puissance de l'adrogeant avec tout son actif existant au moment de l'adrogation, sans distinction entre les choses corporelles ou incorporelles, et à la seule exception des droits qui s'éteignaient par la *capitis deminutio*, comme l'usufruit, l'usage, la créance résultant de l'*adstipulatio*, les droits déduits dans un *judicium legitimum*. Quant aux dettes contractuelles de l'adrogé, elles

s'éteignaient *jure civili*, à l'origine, par l'effet de la *capitis deminutio*, et l'adrogé ne restait tenu civilement que des dettes nées de ses délits ; mais, en droit prétorien, les dettes contractuelles de l'adrogé subsistent et donnent naissance contre l'adrogé à des actions utiles fictices, fondées sur une rescision fictive de la *capitis deminutio.* Sous Justinien, l'adrogeant n'acquiert plus que l'usufruit des biens de l'adrogé ; celui-ci en conserve la nue propriété. De plus, les créanciers agissent directement contre l'adrogeant qui, étant administrateur et usufruitier des biens, doit, en cette double qualité, défendre à l'action.

Sénatus-consulte Claudien. — L'union d'une femme ingénue avec l'esclave d'autrui malgré la défense du maître rend la femme esclave et cet esclavage entraîne, au profit du maître, la transmission de l'actif lui appartenant. Les dettes nées des délits subsistent, mais ne peuvent donner lieu qu'à une action noxale contre le maître. Les dettes contractuelles s'éteignent, mais le préteur donne une action utile contre le maître et, si celui-ci refuse de défendre, les créanciers pourront faire vendre les biens de leur ancienne débitrice.

Confiscation générale. — C'est l'attribution au trésor public et, plus tard, au fisc, des biens d'un particulier. Elle résulte soit de certaines condamnations criminelles, soit de l'indignité encourue par un héritier ou successeur universel ; on peut citer, parmi les causes d'indignité, le fait d'avoir donné la mort au défunt, d'avoir omis de poursuivre son meurtrier, d'avoir disposé de son hérédité pendant sa vie, d'avoir élevé contre lui une contestation d'état. Cette attribution au fisc était appelée *ereptorium* par la loi *Papia Poppæa* : c'est un mode d'acquisition *lege.* Le fisc est un simple successeur aux biens et ne supporte les dettes que dans la mesure de ce qu'il prend.

Justinien, sagement inspiré, décide que les biens des condamnés même à une peine capitale ne passeront plus au fisc qu'à défaut de descendants ou d'ascendants et même de collatéraux jusqu'au troisième degré inclusivement.

Bonorum venditio. — C'est la vente en masse du patri-

moine d'un débiteur, faite par ses créanciers. Le *bonorum emptor*, en tant qu'acquéreur à titre universel, se trouve dans une situation analogue à celle du *bonorum possessor* ; il doit donc usucaper les choses corporelles.

La vente en masse fut remplacée, après la disparition du système Formulaire, par la vente en détail (*distractio bonorum*), qui n'est pas un mode de transmission *per universitatem*.

TROISIÈME PARTIE

DES ACTIONS.

NOTIONS GÉNÉRALES.

L'*action* est, dans un sens large, la sanction judiciaire des droits. Le mot *action* n'a pas un sens juridique uniforme. Dans une première acception, c'est la faculté de recourir à l'autorité sociale, chargée de veiller sur la personne, l'honneur et la fortune des citoyens, pour qu'elle protège et garantisse les droits qui y sont attachés. On ne peut se rendre justice soi-même ; car la force aveugle primerait bien souvent la raison, et l'ordre public serait troublé. Dans une autre acception, l'*action*, c'est le fait du recours à la puissance publique. Enfin, sous un troisième aspect, le mot *action* est synonime de forme de procédure.

Le droit romain nous présente de l'action, sous chacun des trois systèmes de procédure, système des Actions de la loi, procédure formulaire et système extraordinaire, des définitions où se reflète le caractère de chaque organisation.

L'action, sous le système des Actions de la loi, c'est la forme, la marche à suivre, l'ensemble des solennités à observer pour obtenir en justice ce qui nous appartient (droit réel) ou ce qui nous est dû (droit de créance). L'oubli d'une seule formalité entraîne la nullité du procès ; les principes formalistes des premiers temps amènent donc la confusion entre le droit de poursuivre et l'exercice de ce droit, les formalités de la procédure.

L'action, sous la procédure formulaire, c'est le droit de poursuivre en justice ce qui nous est dû : *jus persequendi judicio quod sibi debetur*. C'est le magistrat qui donne ce droit de poursuivre au plaideur, en lui délivrant une formule et

en le renvoyant devant un juge. Le plaideur n'obtient que ce qui lui est dû, et non ce qui lui appartient, parcequ'à cette époque, tout droit déduit en justice est transformé en une créance qui aboutit à une condamnation pécuniaire.

L'action, sous le système extraordinaire, c'est le droit de poursuivre en justice ce qui nous appartient ou ce qui nous est dû. C'est la loi qui donne alors au plaideur la faculté d'obtenir en justice la chose qu'il réclame ou l'exécution de l'obligation. Le droit porté en justice conserve sa nature originaire.

CHAPITRE Ier

ORGANISATION JUDICIAIRE.

Caractères généraux du pouvoir judiciaire. — Le pouvoir judiciaire présente trois caractères généraux : 1° il se confond avec les autres pouvoirs ; 2° il peut être délégué, en principe ; 3° il admet la participation des simples citoyens à l'administration de la justice.

1° *Il se confond avec les autres pouvoirs.* La théorie de la séparation des pouvoirs est d'origine moderne. Le préteur exerçait à la fois des fonctions judiciaires, administratives et législatives. Cette participation simultanée du préteur à l'administration de la justice et à la puissance législative lui permit d'améliorer progressivement le droit civil. Sous l'Empire, le prince était en même temps chef du pouvoir exécutif, législateur souverain, juge suprême.

2° *Il peut être délégué, en principe.* Cette faculté de délégation s'explique par le petit nombre des magistrats romains et par la variété de leurs fonctions. Dans l'ordre judiciaire, le magistrat était investi de deux attributions : la *jurisdictio* et l'*imperium.* La *jurisdictio* était la mission d'administrer la justice civile ; elle comprenait le droit de donner un juge, un tuteur, une possession de biens, de formuler des édits, de rendre des interdits, de juger les procès, de conférer un droit réel. L'*imperium* se divisait en *imperium mixtum* et en *imperium merum :* le premier était le droit de commandement et de contrainte pour la sanction des décisions ou sentences ; le second était le droit de punir les infractions à la loi pénale. Le magistrat peut déléguer la juridiction contentieuse, avec l'*imperium mixtum* qui y est attaché ; mais ni la juridiction gracieuse, ni l'*imperium merum* ne peuvent être délégués. Le dé-

légué est substitué au délégant, dans les limites de la délégation, et l'appel de ses décisions se porte devant l'autorité qui eût connu de la sentence du délégant.

3° *Il admet la participation des simples citoyens à l'administration de la justice.* Jusqu'au temps de Dioclétien, chaque procès avait à parcourir deux instances : l'une, devant le magistrat, *in jure*, l'autre, devant le juge, *in judicio*. Le magistrat, investi de la *jurisdictio*, se bornait à fixer avec précision l'objet du débat, puis, il renvoyait l'examen et le jugement de l'affaire ainsi engagée devant un juge. Cette division fondamentale de la procédure était une garantie des plus sérieuses pour les justiciables. Il y avait des cas où le magistrat ne renvoyait pas les parties devant le juge : ainsi, lorsque la demande était manifestement irrecevable, il refusait simplement l'action ; de même, lorsque le défendeur reconnaissait devant le magistrat le bien-fondé des prétentions du demandeur, son aveu équivalait à sa condamnation, *in jure confessus projudicato habetur* ; enfin, dans certains cas spéciaux, notamment. en matière de fidéicommis, le préteur statuait directement lui-même ; on disait alors qu'il y avait *cognitio extraordinaria*.

On distinguait, en matière civile, deux classes de juges : les uns étaient choisis parmi les simples particuliers par le magistrat lui-même, avec le concours des parties, et n'avaient qu'une mission temporaire : c'étaient les *judices* et les *arbitres*, à Rome, les *recupérateurs*, en province ; les autres formaient des collèges judiciaires, de véritables tribunaux permanents : c'étaient le *collège des pontifes*, compétent en matière religieuse, le *collège des décemvirs*, qui jugeait surtout les questions d'état, et le *collège des centumvirs*, qui connaissait des questions de propriété quiritaire et des procès relatifs aux successions. Les Centumvirs étaient élus pour un an ; leur nombre, d'abord de 105, fut porté, sous l'Empire, à 180 ; ils se divisaient en quatre chambres, présidées chacune par un préteur.

La justice était gratuite, à l'origine ; mais ce caractère ne tarda pas à disparaître ; toutefois, le plaideur indigent était exempté des frais judiciaires.

La justice était rendue publiquement : à l'origine, c'était

au forum, avant le coucher du soleil ; plus tard, les audiences se tiennent dans des prétoires, où ne sont admis que des citoyens honorables. En province, les gouverneurs allaient tenir des assises dans les principales villes de leur ressort, à des époques fixes.

Le magistrat et le juge ne siégeaient qu'à des jours déterminés, pour les affaires contentieuses ; mais ils pouvaient, en tout temps, statuer au gracieux ou pour les affaires urgentes ou requérant célérité.

La procédure se fit toujours oralement ; il n'y eut d'écrit, même sous Justinien, que l'exploit d'assignation. Les débats étaient résumés dans un procès-verbal.

Principes de compétence. — Après avoir étudié les caractères généraux du pouvoir judiciaire, il faut se demander devant quelle juridiction les plaideurs doivent se présenter.

A l'origine, on voit poindre le principe : *actor sequitur forum rei*, basé sur ce motif que la partie attaquée doit avoir la préférence. Le *forum rei*, c'est, au choix du demandeur, ou le *forum domicilii*, le magistrat du domicile, ou le *forum originis*, le magistrat du lieu de naissance, ou le *forum patriæ communis*, le magistrat de Rome, patrie commune.

Toutefois, il y avait certaines compétences spéciales :

1° *Forum hereditatis* : le tribunal compétent pour connaître des contestations relatives à une succession est celui du lieu de son ouverture, c'est-à-dire du domicile du défunt.

2° *Forum reconventionis :* le magistrat saisi d'une demande est compétent pour connaître de toutes les demandes reconventionnellement formées par le défendeur.

3° *Forum connexitatis :* le tribunal saisi d'une affaire d'ordre principal, qui est reliée à une autre d'ordre secondaire par la connexité, c'est-à-dire dont on ne peut la séparer sans nuire à l'instruction et au jugement, est également compétent pour connaître de cette autre affaire relevant d'un tribunal différent : ainsi, le même juge devra statuer sur le pétitoire et le possessoire intentés en même temps.

4° *Forum prorogatum :* les parties peuvent, d'un commun accord, se soumettre à la juridiction d'un magistrat incom-

pétent *ratione personæ* ou à raison de la situation de l'objet litigieux ; mais la volonté des particuliers ne peut déroger à la compétence *ratione materiæ*, qui est d'ordre public. En droit français, les parties peuvent également toujours se présenter volontairement devant un juge de paix incompétent *ratione personæ* ou à raison de la situation de l'objet litigieux.

Vers la fin de la République, on voit se développer, à côté de la règle générale : *actor sequitur forum rei*, le principe de la compétence réelle. La nouvelle théorie s'applique d'abord aux obligations nées d'un contrat ou quasi-contrat : on admet le créancier à actionner le débiteur devant le magistrat du lieu de l'engagement, *forum contractus*. Sous le Bas-Empire, on l'étend aux obligations nées du délit ou quasi-délit, et le délinquant peut être poursuivi à l'endroit où il est saisi ou à celui où il a commis le fait illicite, *forum maleficii*. Enfin, une décision de Constantin devait conduire à la théorie qui attribue au juge de la situation la connaissance des actions réelles : ce prince avait décidé que le détenteur pour le compte d'autrui devait, lorsqu'il était actionné, déclarer le nom du véritable possesseur, et que celui-ci était alors tenu de comparaître au lieu où se trouvait l'objet litigieux, faute de quoi, la possession passait au demandeur. Les empereurs Valentinien et Théodose généralisèrent cette règle. Par suite, en matière réelle, le tribunal compétent devint celui de la situation de l'objet litigieux. En matière personnelle, la règle *actor sequitur forum rei* subsista.

Toutes les règles de la compétence sont fondues en une seule par Justinien : le tribunal compétent est désormais celui de l'endroit où s'est formé, par un contrat, quasi-contrat, délit, injuste détention, le lien obligatoire qui sert de base à la demande.

Le tribunal, une fois saisi, exclut toute autre juridiction.

Le déclinatoire d'incompétence, *præscriptio fori*, doit être invoqué dès le début du procès, *in limine litis*. Le magistrat statue sur le mérite de l'exception, avant tout débat sur le fond.

CHAPITRE II.

ETUDE DES DIFFÉRENTS SYSTÈMES DE PROCÉDURE CIVILE.

Les Romains ont pratiqué successivement trois systèmes de procédure : le système des *Actions de la Loi*, le système *formulaire* et le système *extraordinaire*. Le premier est celui du vieux droit civil ; la procédure formulaire, ou système prétorien, est l'œuvre d'une période où la science juridique atteignit son apogée ; le système extraordinaire ou du droit impérial est sanctionné par Dioclétien et existe encore sous Justinien. La transition entre ces différentes formes de procédure s'opéra lentement et progressivement ; Rome ne heurta jamais de front sa vieille législation ; elle se contentait d'en adoucir ou d'en modifier peu à peu les principes rigoureux ou surannés.

I. — Système des actions de la Loi.

Notions générales. — Ce système date de la fondation de Rome et resta en vigueur pendant près de six siècles. Le mot *action* désigne, dans cette période, une forme générale de procédure, et l'expression de *legis actiones* vient de ce que ce système fut presque en entier consacré par la loi des Douze Tables et de ce qu'il nécessitait des formules légales et sacramentelles.

On distingue cinq actions de la Loi : l'*actio sacramenti*, la *judicis postulatio*, la *condictio*, la *manûs injectio* et la *pignoris capio*. Les trois premières sont introductives d'instance et forment des procédures différentes pour arriver à la solution du procès ; les deux autres sont des voies d'exécution forcée.

Cette procédure appartient au droit civil pur : les citoyens seuls pouvaient y figurer. Cette règle devait devenir une gêne croissante à mesure que s'étendaient les relations internationales.

Les actions de la loi sont *sacramentelles* : elles impliquent des

prescriptions légales, des rites consacrés pour les gestes et les mots, dont le moindre changement, la moindre violation entraînait la perte du procès. Gaïus nous cite, à ce propos, l'exemple d'un plaideur qui, dans un procès contre un tiers qui avait coupé ses vignes, le perdit pour avoir employé le mot *vites* au lieu du mot *arbores*, qui était le terme consacré par la loi des Douze Tables.

En outre, les actions de la loi sont essentiellement *personnelles* : les actes symboliques ne peuvent être accomplis et les paroles solennelles prononcées par un représentant : *nemo alieno nomine lege agere potest ;* car ces rites ou ces formules contiennent une affirmation ou une négation portant sur le fait personnel de celui qui les accomplit ou les prononce.

Enfin, les actions de la loi sont *extinctives* : une fois introduite, l'action est consommée de plein droit et ne peut plus être recommencée : *quâ de re semel actum erat, de eâ posteà agi non poterat.*

La procédure des actions de la Loi, à l'exception de la *pignoris capio,* avait lieu dans l'instance devant le magistrat et restait étrangère aux débats devant le juge. L'acte préliminaire de toute demande en justice, qu'on nomme aujourd'hui *ajournement* ou *assignation*, était appelé *vocatio in jus* et dépeint bien la rudesse de ces temps : le demandeur appelait lui-même, en termes consacrés, son adversaire à comparaître devant le magistrat : *in jus te voco*, ou *in jus eamus*. S'il refusait, le demandeur faisait constater le refus par des témoins et pouvait ensuite entraîner l'autre partie de vive force, par le collet, *in jus rapere*, *obtorto collo*. Le défendeur ne pouvait échapper à cette contrainte qu'en transigeant ou en donnant des garanties. Plus tard, des limites furent apportées à cette *vocatio in jus* brutale : c'est ainsi que furent déclarés inviolables les citoyens dans leur domicile, les grands magistrats pendant la durée de leur magistrature, les époux dans la cérémonie nuptiale ; en outre, les ascendants ou patrons ne purent être appelés en justice par leurs descendants ou affranchis sans une autorisation du magistrat.

Une fois devant le magistrat, les parties accomplissent les formalités propres à chaque action de la loi, et, lorsque ces for-

malités ne peuvent pas s'accomplir toutes dans le même jour, les parties font une promesse réciproque garantie par des cautions de se représenter à jour fixe : cette promesse garantie par des cautions de revenir devant le préteur est connue sous le nom de *vadimonium*. Si toutes les solennités sont accomplies dans le même jour, les parties font la même promesse garantie par des cautions de revenir dans les trente jours devant le magistrat, à l'effet de recevoir un juge.

En désignant le juge, qui devait connaître du fait litigieux, le magistrat précisait oralement les chefs du litige que devait trancher la sentence ; et, comme il n'y avait pas de plumitif d'audience, les parties, avant de quitter l'auditoire du magistrat, constatent ce qui s'est passé *in jure*, à l'aide de témoins, qui ont assisté à l'instance et qui pourront établir plus tard devant le juge la mission qui lui a été confiée par le magistrat; les parties disent aux témoins : *testes estote;* de là l'expression de *litis contestatio*, pour désigner le moment où l'instance est définitivement organisée. Ensuite, les plaideurs s'ajournaient à comparaître *in judicio* trois jours après : cette sommation à venir devant le juge s'appelait la *comperendinatio*.

Devant le juge, les parties exposent l'affaire, et, après les preuves données et les plaidoiries entendues, la sentence est prononcée : la condamnation porte sur la chose réclamée elle-même dans les actions réelles et sur une somme d'argent dans les actions personnelles.

Il nous reste à donner un aperçu sommaire de chacune des actions de la loi.

Actio sacramenti. — L'*actio sacramenti*, la plus ancienne et la plus générale de toutes les actions de la loi, s'applique à toutes les affaires réelles ou personnelles, pour lesquelles il n'existe pas d'actions particulières. On appelle *sacramentum* une somme d'argent, qui était l'enjeu d'un pari fait par les plaideurs sur le fondement de leurs allégations respectives. Le montant de cette gageure était déposé ordinairement dans un temple, et la consignation du perdant fut employée, d'abord, aux besoins du culte, *ad sacra publica*, et, plus tard, fut versée au trésor public. La somme à déposer était égale pour chacun

des adversaires : 500 as pour les litiges d'une valeur de mille as et au-dessus, et 50 as pour les litiges au-dessous de mille as. Plus tard, les plaideurs furent dispensés de déposer la somme d'argent, en en garantissant le paiement par des cautions ou *prædes sacramenti*.

Tout le procès roulait donc sur ce pari : le juge n'avait qu'à décider si le *sacramentum* était *justum* ou *injustum*, et le vaincu perdait tout ensemble la chose litigieuse et le montant de sa consignation. Le *sacramentum* était, au fond, la peine du plaideur téméraire.

Les actes symboliques ou paroles solennelles variaient suivant que le droit porté en justice était un droit réel ou un droit de créance.

Dans les procès de droits réels, nous rencontrons des formes symboliques résultant de cette idée romaine que la conquête était le titre le plus légitime de la propriété. La procédure devait avoir lieu en présence de l'objet litigieux. S'il s'agissait de la revendication d'un meuble, le meuble était apporté au forum ; s'il s'agissait de la revendication d'un immeuble, il y avait descente sur les lieux, à l'origine ; mais, plus tard, on tint pour accompli le transport sur le terrain litigieux, et la procédure avait lieu en présence d'un fragment de la chose, motte de terre ou tuile, que les parties devaient apporter *in jure*. En présence du préteur, les deux parties touchaient alternativement avec la baguette, symbole de la propriété quiritaire, la chose litigieuse ou un fragment de la chose litigieuse, en affirmant leur droit en ces termes : *Hanc ego rem meam esse aïo ex jure Quiritium*. Les adversaires, jouant ainsi à la fois le rôle de demandeur et de défendeur, se livrent alors à un combat simulé, *manuum consertio*, jusqu'au moment où le préteur leur ordonne de lâcher la chose : *mittite ambo rem*. Après la lutte fictive, les parties se provoquent réciproquement au *sacramentum*, puis elles en déposent le montant, à l'origine, ou se bornent, plus tard, à donner des *prædes sacramenti* pour en assurer le paiement. Ensuite, le magistrat attribue la possession intérimaire de la chose à l'une des deux parties, sans être tenu de l'accorder à celle qui a pris l'initiative du procès en

se portant demandeur ; mais cet avantage n'est obtenu qu'à la charge de fournir caution pour assurer la restitution éventuelle de la chose et des fruits, *prædes litis et vindiciarum.*

Dans les procès d'obligations, les rôles des plaideurs étaient distincts et l'on reconnaissait, dès le principe, un demandeur et un défendeur. Le demandeur affirmait en termes solennels l'existence de la dette ; si le défendeur la niait, on passait à la constitution du *sacramentum.*

Après la constitution du *sacramentum,* soit en matière réelle, soit en matière personnelle, les parties s'engagent en donnant caution à revenir devant le magistrat, trente jours après, pour recevoir un juge, et lorsque le magistrat a investi ce dernier de sa mission, l'instance *in jure* est close. Les adversaires s'assignent alors à comparaître devant le juge à trois jours d'intervalle, et, après le résumé de l'affaire et les plaidoiries, le juge se prononçait en faveur de l'un des plaideurs en déclarant que son *sacramentum* était *justum.* Il n'y avait pas de milieu entre un triomphe complet et un échec complet : le demandeur obtenait tout ou n'obtenait rien. La condamnation portait sur la chose elle-même dans les actions réelles, et sur une somme d'argent dans les actions de créance. Le vainqueur reprenait sa consignation ; le vaincu perdait la sienne.

Judicis postulatio. — L'*actio sacramenti,* exigeant la stricte précision de l'objet de la demande, ne pouvait convenir aux causes soulevant des règlements de compte et comportant des appréciations. On créa pour ces sortes de procès la *judicis postulatio.* Cette action n'embrassa, d'abord, que les différends relatifs au partage ou au bornage ; plus tard, on y soumit les procès relatifs aux contrats de bonne foi, vente, louage, société, mandat ; enfin, on soumit à cette procédure toutes les poursuites relatives aux obligations de droit strict pécuniairement indéterminées, comme celles portant sur un *facere* ou un *præstare.* Dans tous ces cas, le magistrat désignera un juge ou un arbitre pour régler les différends et concilier les prétentions respectives. Ce juge ou cet arbitre était demandé *in jure* alternativement par les deux parties en termes solennels ; *judicem arbitrumve postulo uti des.*

Condictio. — La *condictio*, qui tire son nom d'une sommation faite par le demandeur à son adversaire de se présenter devant le magistrat au bout de trente jours pour recevoir un juge, fut inspirée par le désir d'abréger et de simplifier la procédure gênante de l'*actio sacramenti*. La loi *Silia* organisa la *condictio* pour les obligations relatives au transfert en propriété d'une somme d'argent déterminée, et la loi *Calpurnia* l'étendit à toute obligation ayant pour objet de transférer un corps certain. Les rites et les formules de cette procédure sont complètement ignorés. Le domaine de l'*actio sacramenti* ne comprend plus désormais que les différends relatifs aux droits réels, aux successions et aux questions d'état.

Manûs injectio. — Après le procès, la sentence doit recevoir son exécution. S'il s'agit d'un droit réel, le demandeur triomphant se mettra de gré ou de force en possession de l'objet qui en est grevé. Mais le droit reconnu peut être un droit de créance ; or, dans les procès d'obligations, le demandeur ne peut arriver à la chose que par une voie d'exécution. La loi romaine admit, dès l'origine, l'exécution personnelle, sous la forme de la *manûs injectio*, qui désigne le fait de mettre la main sur une personne et de la saisir. On en distinguait trois applications : 1° la *manûs injectio judicati* ; 2° la *manûs injectio pro judicato* ; 3° la *manûs injectio pura*.

1° *Manûs injectio judicati.* — Ce mode d'exécution peut être employé contre le condamné, *judicatus*, qui n'exécute pas la condamnation dans les trente jours qui suivent la sentence. Ce délai expiré, le créancier peut, après avoir invoqué le jugement en termes solennels devant son débiteur, l'appréhender au corps et l'amener devant le magistrat. Le défendeur n'échappe à cette mainmise qu'en fournissant un garant solvable, *vindex*, qui prend sa cause et fait le procès sien. S'il ne trouve pas de répondant pour le libérer, il est attribué par le préteur, *addictus*, au créancier, qui l'emmène et le retient prisonnier dans sa demeure, *in carcere privato*. Depuis lors, il est traité comme un esclave de fait ; le créancier ne lui doit qu'une livre de froment par jour, avec de la paille pour le coucher. Toutefois, la loi des Douze Tables lui permet de

vivre à ses frais. Il reste ainsi deux mois en prison ; tous les neuf jours, il est conduit sur la place publique, devant le magistrat, et, là, on proclame à haute voix le montant de sa condamnation, suprême appel aux personnes qui lui portent encore de l'intérêt. Après l'expiration des deux mois, s'il n'avait pas payé ou trouvé un *vindex*, le créancier pouvait le vendre comme esclave *trans Tiberim*, c'est-à-dire en dehors de l'enceinte de Rome, à raison de sa déchéance, ou même le tuer; et, s'il y avait plusieurs créanciers, la loi les autorise à se partager le cadavre ; mais l'histoire n'offre aucun exemple d'une telle barbarie. Tous les biens du condamné deviennent la propriété du créancier. Plus tard, avec le progrès des mœurs, on abolit ces usages cruels, et on permit seulement au créancier de garder le débiteur dans une sorte de *mancipium* et à la condition de l'affranchir une fois racheté par son travail.

2° *Manûs injectio pro judicato.* — Cette voie d'exécution, pareille dans ses effets à la précédente, s'appliquait, en l'absence d'une condamnation, au défendeur qui avait fait *in jure* l'aveu d'une dette d'argent, au débiteur engagé *per nexum*, c'est-à-dire qui avait mancipé sa personne au créancier comme garantie de sa dette, au créancier qui avait exigé d'un *sponsor* au delà de sa part virile, et au débiteur qui ne remboursait pas dans les six mois au *sponsor* les sommes par lui payées à sa décharge.

3° *Manûs injectio pura.* — La *manûs injectio pura*, quoique entraînant les mêmes effets que les précédentes, était cependant moins rigoureuse, en ce que le débiteur conservait la faculté de se défendre lui-même, sans l'intervention d'un *vindex* ; mais s'il succombe, il est condamné au double. La loi *Furia testamentaria* la donne contre le légataire qui a demandé la délivrance d'un legs de plus de mille as. La loi *Marcia* l'accorde contre ceux qui ont touché des intérêts usuraires.

Pignoris capio. — La *pignoris capio* est une voie d'exécution sur les biens du débiteur; elle s'accomplissait par la saisie réelle, accompagnée de paroles solennelles; mais elle n'avait pas lieu devant le magistrat. Le débiteur ne pouvait rentrer en possession de sa chose saisie, à titre de gage, qu'en payant.

La *pignoris capio* n'était autorisée qu'en certaines matières de droit public ou sacré ; ainsi, elle était donnée, notamment : 1° aux publicains ou fermiers d'impôts contre les particuliers qui ne payaient pas leurs contributions ; 2° aux militaires contre le tribun du trésor pour la garantie du paiement de leur solde ; 3° au bailleur d'une bête de somme contre le locataire qui ne payait pas le prix de location, lorsque ce prix devait être affecté à un sacrifice religieux ; 4° au vendeur d'une victime (*hostia*) contre l'acheteur qui n'en payait pas le prix.

II. — Système formulaire.

Origine et développement progressif de la procédure formulaire. — Les formalités compliquées des actions de la loi étaient devenues une gêne sérieuse dans la pratique, et leurs rites mystérieux avaient fini par tomber sous les coups de la raillerie : ces deux causes devaient entraîner insensiblement la disparition du premier système de procédure. La loi *Æbutia* fut la première à réduire l'ancien système à l'état d'exception, et, sous Auguste, les deux lois *Juliæ judiciariæ* vinrent lui substituer définitivement une procédure plus simple, plus en harmonie avec les mœurs nouvelles et plus appropriée aux nécessités de la pratique. Cette nouvelle procédure, qui fut en vigueur pendant la période classique, emprunte son nom à la *formule* ou instruction écrite, que le magistrat délivre aux parties, et où il institue le juge et lui indique sa mission en termes impératifs. Cette formule sert de base à toute la procédure. Les paroles sacramentelles et les actes symboliques qui avaient lieu autrefois devant le magistrat n'existent plus. Enfin, la condamnation prononcée contre le plaideur qui succombe est toujours pécuniaire.

Cette transformation dans la procédure ne s'est pas accomplie d'un seul coup ; elle a eu lieu lentement, sous l'influence des mœurs et du temps. Au début du sixième siècle, les rapports fréquents des citoyens romains avec les pérégrins avaient nécessité l'institution d'une juridiction nouvelle, celle du préteur pérégrin ; car la procédure essentiellement quiritaire des actions de la loi était fermée aux pérégrins. Le préteur péré-

grin, créé pour rendre la justice entre Romains et pérégrins ou entre pérégrins, imagine des formes de procédure très simples : d'abord, il nomme, pour statuer sur le différend, des *recuperatores*, au nombre de cinq ou de trois ; ensuite, il délivre aux parties une instruction écrite, qui n'a rien de solennel, et dans laquelle il charge les recupérateurs de vérifier si les faits ont eu lieu ainsi que les parties l'affirment, et leur indique la décision à prononcer, vérification faite des points soumis à leur appréciation. Cette instruction écrite ou *formule* était toujours conçue *in factum*, parce qu'on ne pouvait poser une question de droit civil pour les pérégrins. La question de fait est contenue dans l'*intentio*, et le pouvoir de condamner ou d'absoudre dans la *condemnatio*. La formule n'est donc, en réalité, qu'une sorte de sentence conditionnelle. Il faut remarquer encore que la condamnation sera nécessairement pécuniaire, parce que nous sommes ici en dehors de la loi civile et que la condamnation ne peut consister ni dans la reconnaissance ni dans l'attribution d'un droit réel suivant les règles du droit quiritaire.

Les Romains virent pratiquer cette procédure dans leurs procès avec les pérégrins, et ne tardèrent pas à en apprécier les avantages ; en outre, comme les préteurs urbain et pérégrin se remplaçaient quelquefois, le système des formules entra peu à peu dans la coutume des citoyens romains. Ajoutons que des actions prétoriennes venaient d'être créées, et que ces actions, qui ne prenaient pas leur base dans le droit civil, nécessitaient la création d'une procédure plus conforme à leur esprit et à leur but. Les lois *Æbutia* et *Juliæ judiciariæ* ne firent, en réalité, que consacrer législativement un système qui était déjà en pratique.

Mais, suivant la tendance générale de l'esprit romain, lorsque les préteurs songèrent à étendre le nouveau système, ils ménagèrent la transition entre les *legis actiones* et la formule et dissimulèrent le développement du nouveau système sous les apparences d'une imitation du procédé suranné. On constate deux principales traces des efforts qui furent faits pour relier la procédure formulaire à la procédure primitive : ces

indices se trouvent dans les *formulæ fictitiæ* et dans les formules *per sponsionem*.

Les *formulæ fictitiæ* étaient des formules rédigées par fiction d'une action de la loi : le magistrat y supposait le rite accompli et investissait le juge du pouvoir de condamner ou d'absoudre, tout comme dans une action de la loi. Ainsi, dans la formule donnée aux publicains à l'image de la *pignoris capio*, on voit que le contribuable sera condamné à payer la même somme que s'il y avait eu réellement *pignoris capio*.

La *sponsio*, qui n'était que la reproduction du *sacramentum*, affectait la forme d'un pari ; sur ce pari, fait *in jure*, était construite la formule, qui conférait au juge la mission de rechercher quelle était la *sponsio justa* : la vérification des faits présentés comme base du pari décidait du procès.

La *sponsio* était tantôt du tiers ou du quart de la chose litigieuse, tantôt d'une valeur fixée par les parties. Dans les procès d'obligations, la *sponsio* était bilatérale, et pénale, en ce sens que les plaideurs faisaient un pari dans les formes d'une stipulation réciproque, et que la somme pariée par le perdant était acquise au gagnant. Dans les procès de droits réels, la *sponsio* est unilatérale, en ce sens que le demandeur provoque seul son adversaire par la *sponsio* ; en outre, elle est préjudicielle, en ce sens que le montant de la gageure, devant servir uniquement à l'engagement de l'instance, n'est pas dû réellement en cas de perte du procès. Le juge examine donc si la *sponsio* du demandeur est *justa*, et, en appréciant le bien-fondé de cette *sponsio*, il décide, par là-même, la question de propriété. La condamnation reproduisait la valeur de la chose et de ses accessoires : *quanti ea res erit, tantam pecuniam condemna ;* elle sera donc toujours pécuniaire. Le demandeur n'arrivait à la chose elle-même que grâce à une promesse de restituer (*satisdatio pro prœde litis et vindiciarum*), qu'il avait soin d'exiger du défendeur. Plus tard, on créa la formule pétitoire, où le demandeur réclame directement la chose elle-même : *Si paret hominem ex jure Quiritium Auli Agerii esse*. Mais la condamnation est toujours pécuniaire, et le demandeur n'obtient la chose revendiquée que grâce à l'*arbitrium judicis*, qui permet au juge d'ordonner au défendeur de restituer.

Du jour où les formules s'introduisirent dans les différends entre citoyens, elles purent contenir des questions de droit et être conçues *in jus*.

Sous le système formulaire, l'action peut se définir : *le droit de poursuivre en justice ce qui nous est dû*. L'instance se divise un deux phases : l'une qui se déroule *in jure*, l'autre *in judicio*.

Conception et parties de la formule. — La formule est une instruction écrite, rédigée par le magistrat en termes impératifs, qui pose au juge les questions de droit et de fait qu'il devra résoudre et lui donne le pouvoir de condamner ou d'absoudre. Le préteur ne rédigeait pas, pour chaque affaire, une formule nouvelle ; il établissait, par son édit, des formules générales et permanentes d'actions pour les diverses espèces de droits reconnus par les lois ou la jurisprudence. Il apportait un soin minutieux à cette rédaction. Les formules étaient livrées à la publicité.

La formule s'ouvre par la désignation du juge : *Seius judex esto*. En outre, on distingue, dans la formule, des parties principales, *partes*, et des parties accessoires ou accidentelles, *adjectiones*.

Partes. — Les parties principales sont celles qui se rencontrent ordinairement, sinon dans toutes les actions, du moins dans certaines classes d'actions ; elles sont au nombre de quatre : la *demonstratio*, l'*intentio*, la *condemnatio*, l'*adjudicatio*. Elles ne sont pas toutes essentielles ; il n'y a que l'*intentio* que l'on rencontre nécessairement dans toute formule, car on ne conçoit pas de poursuite judiciaire sans une demande adressée à la justice.

Demonstratio. — C'est l'indication de l'objet de l'instance, l'exposé des faits de la cause, la dénomination technique du *negotium* qui donne lieu au procès : *quod Aulus Agerius* (demandeur) *Numerio Negidio* (défendeur) *hominem vendidit*. En somme, la *demonstratio* contient deux éléments : 1° la source ou cause de l'action, par exemple, la vente ; 2° l'objet du droit, par exemple, l'esclave. Les actions personnelles *in jus*, dont l'*intentio* est *incerta*, c'est-à-dire celles où la prétention n'est pas déterminée d'une façon précise, sont les seules qui aient une *de-*

monstratio. Elle n'existe ni dans les actions *in factum*, ni dans les actions réelles, ni dans les *condictiones certi*, parceque, dans ces cas, la cause de l'action résulte de l'*intentio* ou doit être précisée dans la suite. En effet, dans l'action *in factum*, la question posée au juge est une simple question de fait, et l'*intentio* détermine en même temps la prétention du demandeur et le fait générateur de l'obligation ; dans l'action réelle, le demandeur prouvera sa propriété ou son droit de servitude par tous les moyens possibles, sans limiter la cause de son droit à tel ou tel événement juridique ; enfin, dans la *condictio certi*, l'*intentio* précise exactement la demande dans son objet et son étendue.

Intentio. — C'est la partie essentielle de la formule, où le demandeur exprime sa prétention, pose ses conclusions.

L'intentio est conçue *in rem*, lorsque l'action tend à la poursuite d'un droit réel ; dans ce cas, le nom du défendeur ne figure pas dans l'*intentio* : *Si paret hominem ex jure Quiritium Auli Agerii esse*. Le droit réel met en relation directe avec la chose et n'impose aucune obligation positive à une personne déterminée. L'*intentio* est conçue *in personam*, lorsque l'action tend à la réclamation d'un droit de créance ; dans ce cas, le nom du demandeur et celui du défendeur figurent dans l'*intentio* : *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sextercium decem millia dare oportere*,

L'*intentio* est *certa*, lorsqu'elle détermine parfaitement l'objet et l'étendue de la demande : *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sextercium decem millia vel hominem Stichum dare oportere* ; il n'y a d'obligations certaines que parmi les obligations de *dare* ; elle est *incerta*, lorsque la prétention n'est pas déterminée d'une façon précise : *quidquid paret dare, facere* ou *præstare*.

L'*intentio* est conçue *in jus*, lorsque la prétention émet l'idée d'un droit : *Si paret dare oportere*, ou bien : *si paret hominem ex jure Quiritium Auli Agerii esse;* elle est conçue *in factum*, lorsque le préteur subordonne la condamnation à une simple vérification de fait, sans éveiller l'idée d'un droit ; par exemple : *s'il est établi que Titius a remis en dépôt à Séius une table de marbre* ; la rédaction de la formule se base sur le fait du dépôt.

Il n'y a pas de formule sans *intentio*, car le procès serait sans fondement. Les actions préjudicielles n'ont que cette partie essentielle de la formule.

Condemnatio. — C'est la partie de la formule où le magistrat donne au juge le pouvoir de condamner ou d'absoudre le défendeur, La *condemnatio* est *certa*, l'orsqu'elle met le juge dans l'alternative d'absoudre ou de condamner à une somme fixe ; elle est *incerta sine taxatione*, lorsqu'elle n'impose aucune limite à la condamnation (*quanti ea res erit*, *tantam pecuniam condemna*), et *incerta cum taxatione*, lorsque, sans déterminer aucun chiffre précis, elle fixe un maximum que le juge ne peut dépasser (*duntaxat sextercium decem millia condemna*).

La *condemnatio* est la sanction pratique de l'*intentio* et se rencontre dans toutes les formules, sauf dans celles qui sont relatives aux *præjudicia*.

Le juge doit se conformer aux termes de la *condemnatio*, sous peine de faire le procès sien ; il ne peut se dérober à sa mission qu'en déclarant que la question qui lui est soumise ne lui paraît pas claire : *sibi non liquere*. Il faut remarquer que le juge ne peut que condamner ou absoudre le défendeur ; il n'a aucun pouvoir contre le demandeur. Cette règle présentait des inconvénients ; car le demandeur, qui ne peut craindre que de ne pas aboutir, peut susciter des procès mal fondés ; mais il s'expose à la peine des plaideurs téméraires. De plus, le défendeur peut avoir des prétentions à opposer au demandeur ; dans certains cas, lorsque le défendeur avait une prétention inférieure ou égale à celle du demandeur, on admit la compensation, qui permet d'atténuer ou même de supprimer la condamnation ; mais, lorsque le défendeur avait une prétention supérieure, la compensation ne pouvait plus être un remède, puisque le juge ne pouvait pas condamner le demandeur ; on créa alors des actions reconventionnelles, que le défendeur exerce en se faisant délivrer une formule spéciale, et le même juge statue en même temps sur l'action du demandeur et sur celle du défendeur. Dans tous ces cas, le principe est sauvegardé : le défendeur seul, dans chaque action, peut être condamné ou absous.

La condamnation est toujours pécuniaire, même dans les actions réelles. Dans les actions personnelles, cette règle, qui existait déjà sous l'ancienne procédure, avait l'avantage de ramener à une condition égale par l'uniformité de l'objet les droits de tous les créanciers d'un condamné insolvable : ils partageaient le prix des biens de leur débiteur condamné, suivant leurs droits respectifs. Comment cette règle s'est-elle étendue aux actions réelles ? Par suite de l'effet de la *litis contestatio*, qui transforme le droit déduit en justice en un droit de créance. Cette conséquence présentait des dangers pour le demandeur, qui reste exposé, malgré l'existence d'un droit réel, au concours de tous les créanciers et à l'insolvabilité du condamné. Nous verrons, en étudiant les actions arbitraires, comment on corrigeait les inconvénients de la condamnation pécuniaire.

Adjudicatio. — C'est la partie de la formule qui confère au juge la faculté d'attribuer à l'un des plaideurs la propriété d'une chose qui leur appartient en commun ou qui appartient exclusivement à l'adversaire : *quantum adjudicari oportet, judex, adjudicato.* Elle ne se trouve que dans les trois actions divisoires : *finium regundorum, familiæ erciscundæ, communi dividundo.* Ces actions sont les seules dont la formule ait quatre parties.

Adjectiones. — Les parties accessoires ou accidentelles sont celles qui ne sont pas une conséquence directe de la demande et ne figurent qu'incidemment dans la formule. Elles se divisent en *præscriptiones* et en *exceptions.*

Præscriptiones. — Les *præscriptiones* ou *præjudicia* sont des clauses insérées en tête de la formule, tantôt dans l'intérêt du demandeur, tantôt dans l'intérêt du défendeur.

Elles interviennent dans l'intérêt du demandeur, lorsqu'elles ont pour objet d'apporter des restrictions à la demande ; c'est une réserve de droits pour l'avenir. On en trouve un exemple dans la stipulation de rente viagère : *ea res agatur cujus rei dies fuit.* Cette *præscriptio* a pour effet d'empêcher que la créance qui est unique ne soit entièrement déduite en justice. On en trouve un autre exemple dans la vente : nous savons que l'acheteur peut contraindre le vendeur à la translation de pro-

priété au moyen de la tradition ou de la mancipation par l'action *ex empto*; mais, dans le cas où il ne voudrait pas encore obtenir la possession, il doit avoir soin de restreindre la portée de son action par l'insertion en tête de la formule de la *præscriptio de fundo mancipando*. On en trouve un troisième cas dans la théorie de l'*exceptio rei judicatæ* : le demandeur investi d'une action réelle, qui veut se réserver le droit d'intenter à nouveau son action, doit déterminer, dans la formule, à l'aide d'une *præscriptio*, les causes d'acquisition sur lesquelles il prétend baser sa propriété ou son droit réel.

Elles interviennent dans l'intérêt du défendeur, lorsqu'elles consistent dans une fin de non-recevoir que le juge doit examiner avant tout débat sur le fond : telle est le déclinatoire d'incompétence (*præscriptio fori* ;) telle est encore la *præscriptio longi temporis*. Les *præscriptiones* de cette dernière catégorie sont devenues de véritables exceptions.

Exceptions. — L'exception est un moyen de défense qui, sans contredire la prétention du demandeur, qu'elle suppose fondée en droit, tend à la paralyser en fait. La négation de la prétention est un moyen de défense tiré du fond du droit. Exemple : le créancier réclame le paiement d'une dette : si le débiteur prétend que le créancier a commis un dol ou consenti un pacte de remise, il ne nie pas l'existence de la dette *jure civili* et doit opposer l'*exceptio doli* ou *pacti* devant le magistrat et la faire insérer dans la formule ; s'il nie l'existence de la dette, en disant qu'il a payé, il s'attaque directement à la prétention du demandeur et peut opposer ce moyen direct de défense même devant le juge.

L'exception est le plus souvent d'origine prétorienne : le préteur a voulu, en la créant, concilier l'équité avec les principes du droit strict ; l'exception est toujours sous-entendue dans les actions de bonne foi. Mais il y a des exceptions qui prennent leur source même dans le droit civil, comme l'*exceptio justi dominii;* les jurisconsultes ont préféré maintenir, en principe, le droit du demandeur, pour ne pas jeter une trop grande perturbation dans les règles du droit civil, en reconnaissant un droit nouveau, sauf à donner au défendeur des moyens indirects de protection.

Le demandeur combat l'exception par une défense directe ou négation, si elle n'est pas établie, et par une exception inverse, *replicatio*, si elle est établie ; à la *replicatio* du demandeur le défendeur pourra opposer une *duplicatio*, et à cette duplique le demandeur pourra opposer une *triplicatio*.

En thèse générale, l'exception victorieuse aboutit à l'absolution de la partie poursuivie. Mais quelquefois elle a uniquement pour effet de restreindre la condamnation du défendeur.

Procédure in jure. — Vocatio in jus. — Sous le système formulaire, jusqu'à Marc-Aurèle, l'ajournement est encore l'œuvre du demandeur lui-même ; mais la résistance du défendeur n'autorise plus la contrainte manuelle ; elle lui fait simplement encourir une amende. La contrainte pécuniaire et morale avait ainsi remplacé le système de coërcition violente de l'ancien droit. Le défendeur est libre d'échapper à l'obligation de suivre immédiatement son adversaire en fournissant un *vindex*, qui comparaisse à sa place, ou même en donnant la *cautio in jure sistendi*, c'est-à-dire en prenant l'engagement garanti par un fidéjusseur de comparaître à jour fixe.

Sous Marc-Aurèle, apparaît un autre procédé de *vocatio in jus*, la *denuntiatio litis* ou *citation*, qui consiste dans une notification adressée par le demandeur au défendeur et contenant la fixation d'un jour pour comparaître devant le magistrat ainsi que l'indication sommaire de l'objet de la demande.

Si le défendeur se cache pour se soustraire à la *vocatio in jus*, ou si, régulièrement appelé ou cité, il ne comparaît pas, il y a ce que notre droit moderne appelle *défaut faute de comparaître* ; s'il comparaît, mais refuse de répondre et de lier l'instance, il y a ce que nous appelons aujourd'hui *défaut faute de conclure* ; dans les deux cas, le préteur, après avoir constaté le défaut du défendeur et le bien-fondé de la prétention du demandeur, envoie celui-ci en possession des biens du défaillant. Cette *missio in possessionem* n'était pas seulement un simple séquestre, une mesure conservatoire ; c'était un acte d'exécution, attributif de possession et aboutissant à la vente des choses saisies, après un certain délai. Pendant ce délai, comme la *missio in possessionem* ne préjuge rien, le défendeur

était admis à purger son défaut, et, s'il établissait que la demande était mal fondée, il empêchait la vente et faisait annuler l'envoi en possession.

Procédure in jure en cas de comparution du défendeur. — Lorsque les parties sont présentes devant le magistrat, le demandeur expose sa prétention et fait connaître au défendeur l'action qu'il veut intenter ; c'est l'*editio actionis*. Cette déclaration doit être accompagnée de la production des titres, dont il se propose de faire usage. Il faut que le défendeur soit éclairé, afin qu'il puisse prendre un parti en connaissance de cause. Si les qualités des personnes en cause ne sont pas bien déterminées, le magistrat les interroge ; c'est l'*interrogatio in jure*. Après l'*editio actionis*, le demandeur s'adresse au magistrat pour obtenir la délivrance de la formule : c'est la *postulatio actionis*. Le défendeur est libre de faire insérer des exceptions dans la formule. Si l'affaire est compliquée et que le défendeur réclame le temps de la réflexion, le préteur peut renvoyer le débat en faisant prendre au défendeur l'engagement de se représenter à jour fixe ; cette promesse est appelée *vadimonium*. Dans ce cas, ce ne sera qu'après cette seconde comparution, que la formule sera délivrée.

Mais le préteur peut, par suite de certains incidents, ne pas avoir à délivrer la formule. Il peut la refuser dans les cas suivants :

1° Les faits articulés, même en les supposant fondés, ne répondent pas à une action prévue par l'édit ; les préteurs purent ainsi combattre l'ancienne législation pour faire prévaloir la nouvelle.

2° Le défendeur invoque un moyen de défense péremptoire, qui ne laisse aucun doute dans l'esprit du magistrat.

3° Il y a *confessio in jure*, c'est-à-dire que le défendeur avoue sa dette, reconnaît le fondement des prétentions de son adversaire : si l'action est relative à une dette de somme d'argent, le défendeur est réputé condamné, puisque toute condamnation est pécuniaire ; si l'action est relative à un droit réel, l'aveu permet au demandeur d'obtenir du magistrat une action

spéciale fondée sur l'aveu, qui donnera au juge le pouvoir de liquider le droit reconnu *in jure*. Dans tous les cas, le débat est terminé, suivant la maxime : « *confessus in jure pro judicato habetur* ».

4° Le serment déféré *in jure* par l'une des parties à l'autre sur les différents points de droit ou de fait du procès peut devenir un obstacle à la délivrance de la formule. Ce serment s'appelle *jusjurandum necessarium,* et ce nom lui vient de la nécessité de le prêter ou de le référer. Or, si le défendeur refuse de prêter le serment, ou, si, l'ayant référé au demandeur, celui-ci l'a prêté, le défendeur perd son procès ; si, au contraire, le défendeur l'a prêté, ou si c'est le demandeur qui a refusé de le prêter, le défendeur est considéré comme absous. Dans tous ces cas, la formule n'a plus de raison d'être. Le serment nécessaire a des effets irrévocables ; lors même que la fausseté en serait démontrée, elle ne pourrait donner lieu qu'à des poursuites criminelles.

Lorsqu'aucun incident de procédure ne vient empêcher la délivrance de la formule, le magistrat la rédige et la remet aux parties pour que le juge puisse être saisi de l'affaire et prononcer la sentence. Cette délivrance clôture la procédure *in jure* ; l'instance est, dès lors, organisée, et le quasi-contrat qui se forme entre le demandeur, qui a pris l'initiative du procès, et le défendeur, qui accepte la formule, s'appelle *litis contestatio*. Nous avons vu que, sous le premier système de procédure, lorsque les solennités des *legis actiones* étaient terminées *in jure,* les plaideurs prenaient à témoin de ce qui venait de se passer les personnes présentes, en leur disant : *testes estote* ; de là était venue l'expression de *litis contestatio,* pour désigner le moment où l'instance était définitivement organisée. Sous la procédure formulaire, les témoins deviennent inutiles, puisque la formule résume les points discutés devant le magistrat et constate l'engagement de l'instance. Néanmoins, le mot *litis contestatio* est resté pour désigner la clôture de la procédure devant le magistrat et le quasi-contrat formé entre les parties par la délivrance de la formule.

Litis contestatio. — Caractères juridiques. — On peut

définir la *litis contestatio* : le lien juridique qui se forme entre les plaideurs au moment même de la délivrance de la formule. A cet instant, le procès va entrer dans une phase nouvelle ; la question débattue *in jure* devient un litige, que le juge va trancher, et le quasi-contrat qui se forme par la délivrance de la formule a pour objet l'obligation de se soumettre à la sentence qui sera prononcée : *judiciis quasi contrahimus*.

Nous avons dit que la *litis contestatio* forme le dernier acte de la procédure *in jure*. Indépendamment de son origine étymologique qui le prouve, il y a deux textes qui ne permettent aucun doute à cet égard :

1° Le *procurator ad litem* ne peut être révoqué ou changé *post litem contestatam*. Or, ce mandataire est constitué avant la fin de la procédure *in jure*, puisque son nom figure dans la *condemnatio*.

2° Pendant les vacances judiciaires, un créancier, dont l'action est sur le point de s'éteindre, peut amener son débiteur devant le magistrat *ad hoc tantum ut lis contestetur*. L'affaire ne sera soumise au juge qu'ultérieurement.

Il y a, cependant, un rescrit de Septime-Sévère et Caracalla qui place la *litis contestatio* au moment où les parties ont terminé devant le juge l'exposé de l'affaire : *lis enim tunc contestata videtur cum judex per narrationem negotii causam audire cœperit*. Mais il est vraisemblable que cette constitution se réfère, dans la pensée de ses auteurs, au cas exceptionnel où déjà, à cette époque, le magistrat procédait *extra ordinem*, c'est-à-dire se réservait la connaissance de l'affaire, au lieu de la renvoyer devant un juge. Il n'y avait plus, dans ce cas, qu'une seule instance.

Effets. — On peut les ramener à quatre : 1° la *litis contestatio* transforme le droit déduit en justice ; cet effet touche au fond même du droit ; 2° elle engage contradictoirement l'instance et rend une sentence possible malgré le défaut de l'une des parties ; cet effet touche à la procédure ; 3° elle fixe les éléments réels et personnels du procès ; ce troisième effet touche encore à la procédure ; 4° elle détermine l'époque où le juge doit se reporter pour apprécier l'existence et l'étendue du droit allégué ; cet effet se réfère à la mission du juge.

1° *Elle transforme le droit déduit en justice.* — La *litis contestatio* éteint le rapport juridique qui existait antérieurement entre les parties et le remplace par un lien nouveau : l'obligation de subir l'instance, et, s'il y a lieu, la condamnation : *ante litem contestatam dare debitorem oportere* ; *post litem contestatam condemnari oportere.* Nous allons examiner sous son double aspect cet effet important.

Extinction du droit antérieur. — La *litis contestatio* éteint le droit porté en justice, tantôt *ipso jure*, tantôt *exceptionis ope.* L'extinction s'opère *ipso jure*, lorsque l'action est personnelle, la formule conçue *in jus* et le *judicium legitimum ;* elle s'opère *per exceptionem*, lorsque l'une de ces trois conditions fait défaut, c'est-à-dire quand l'action est *in rem*, ou que la formule est conçue *in factum*, ou que le *judicium* est *imperio continens* (instance contenue dans les pouvoirs du magistrat). Si l'extinction a lieu *ipso jure*, le défendeur pourra s'en prévaloir contre une seconde poursuite sans avoir besoin de faire insérer d'exception dans la formule et en tout état de cause, même devant le juge ; si elle n'a lieu que par voie d'exception, le défendeur poursuivi de nouveau devra invoquer devant le magistrat et faire insérer dans la formule l'*exceptio rei in judicium deductæ.* L'extinction résultant de la *litis contestatio* produit son effet même à l'égard de personnes qui ne figuraient pas dans l'instance, mais dont l'objet de l'obligation était identique à celui du débiteur poursuivi, comme les débiteurs corréaux ou les *adpromissores.*

Pourquoi l'extinction *ipso jure* est-elle subordonnée à la triple condition que l'action soit personnelle, la formule *in jus* et le *judicium legitimum* ?

L'action doit être personnelle : c'est là une trace de l'ancien droit. Sous le système des actions de la loi, la *litis contestatio* ne changeait pas la nature du droit servant de base à l'action. Nous savons, au contraire, qu'après le triomphe de la procédure formulaire, le droit déduit en justice, qu'il soit réel ou personnel, se transforme toujours en un droit de créance. Mais, par suite de l'influence de l'ancienne règle que la *litis contestatio* ne changeait pas la nature du droit, l'extinction

ipso jure par la *litis contestatio* d'une action *in rem* eût été considérée comme un mode nouveau d'aliénation des droits réels.

La formule doit être conçue *in jus* ; car, si un droit peut s'éteindre, les faits accomplis ne peuvent pas s'éteindre.

Le *judicium* doit être *legitimum*, c'est-à-dire que l'instance doit être engagée à Rome, entre citoyens romains et devant l'*unus judex*. Le *judicium imperio continens*, c'est-à-dire l'instance qui manque de l'une de ces conditions, ne pouvait être logiquement assimilé à l'instance civile au point de vue de l'effet extinctif de la *litis contestatio*.

Le débiteur, libéré par la *litis contestatio*, reste tenu d'une obligation naturelle, qui ne peut, d'ailleurs, avoir d'effet pratique que dans le cas où l'instance se trouve périmée.

Création d'un droit nouveau. — La *litis contestatio* substitue au droit originaire, personnel ou réel, une créance ayant toujours pour objet une somme d'argent, puisque toute condamnation est pécuniaire. Si l'ancien droit est un droit de créance, il semble qu'il n'y aura pas de changement; mais, si le changement n'est pas dans l'objet, il se trouve dans la cause de l'obligation. Ce changement de cause résulte du quasi-contrat formé par la *litis contestatio*, en vertu duquel le défendeur est tenu de subir l'instance, et, s'il y a lieu, la condamnation. Le droit nouveau ne se produit qu'au profit des personnes qui figurent dans l'instance ; aussi, dans le cas de représentation judiciaire, c'est toujours le représentant qui obtient condamnation.

La transformation opérée par la *litis contestatio* ressemble à celle que produit la novation ; aussi a-t-on souvent qualifié la *litis contestatio* de novation judiciaire. Mais, malgré leurs ressemblances, il faut bien distinguer ces deux actes juridiques. La *litis contestatio* produit certains effets de la novation, mais ce n'est pas une vraie novation, parce qu'elle n'est pas le résultat de la volonté des parties et qu'elle manque de l'*animus novandi*, condition essentielle de la novation. D'ailleurs, les différences qui séparent ces deux actes sont nombreuses :

1° La stipulation *novandi animo* peut créer une obligation

alors même qu'elle n'en éteindrait pas ; la *litis contestatio* ne crée qu'autant qu'elle éteint.

2° La novation résulte du consentement des parties. La *litis contestatio* ne résulte pas de la libre volonté des parties ; ce qui lui a valu le nom de novation nécessaire.

3° La novation, à l'époque classique, ne peut s'accomplir par changement d'objet ; nover, c'est stipuler ce qui est dû. La *litis contestatio*, au contraire, implique souvent un changement d'objet.

4° La novation éteint l'obligation avec tous ses accessoires, privilèges, gages, hypothèques ; la *litis contestatio*, au contraire, laisse subsister les garanties de la créance déduite en justice ; car, il serait déraisonnable d'empirer la situation du créancier parce qu'il poursuit son droit.

5° La novation arrête le cours des intérêts ; la *litis contestatio* ne les empêche pas de courir : *lite contestatâ usuræ currunt*.

6° La novation purge la demeure du débiteur ; la *litis contestatio* ne purge jamais la demeure du débiteur, mais sert, au contraire, à la déterminer ; car une poursuite judiciaire ne doit pas nuire au créancier.

7° La novation anéantit l'obligation primitive sans laisser subsister une dette naturelle ; l'extinction produite par la *litis contestatio* laisse subsister une obligation naturelle.

La *litis contestatio* rend perpétuelles et transmissibles activement et passivement les actions temporaires et intransmissibles, comme les actions pénales, l'action d'injures, et la plupart des actions prétoriennes : *omnes actiones, quæ tempore aut morte pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent*. Cette conséquence remarquable de la *litis contestatio* s'explique par la substitution d'un nouveau rapport légal à l'ancien.

2° *Elle engage contradictoirement l'instance et rend une sentence possible malgré le défaut de l'une des parties.* — Dès que la formule est délivrée, l'instance est liée, et la solution du procès ne peut être empêchée par l'absence de l'une des parties. Toutefois, le plaideur absent ou défaillant est mis en demeure de comparaître par trois édits successifs du magistrat qui a déli-

vré la formule ; après la publication du dernier, le juge examine l'affaire, apprécie les preuves fournies par la partie présente, et rend sa sentence pour ou contre le défaillant.

3° *Elle fixe les éléments réels et personnels du procès.* — Les éléments réels, c'est-à-dire ceux qui sont relatifs aux questions posées dans la formule, sont désormais indépendants du magistrat et des parties. Une fois la formule délivrée, l'œuvre du magistrat est terminée, et les parties sont liées par un rapport obligatoire.

Les éléments personnels, c'est-à-dire les personnes qui figurent dans l'instance, juge et plaideurs, sont définitivement fixés. D'abord, le juge est désormais déterminé ; ce n'est que dans le cas où il fait valoir une excuse valable, meurt, devient incapable ou déclare ne pas comprendre l'affaire, que les plaideurs peuvent obtenir son changement. Tout se borne alors à un changement de nom dans la formule. En outre, les personnes des plaideurs sont désormais fixées : ainsi, par exemple, le choix du créancier entre plusieurs codébiteurs, une fois consommé par la *litis contestatio*, ne peut plus varier et son droit contre les autres est éteint. Si l'un des plaideurs meurt ou veut se substituer un mandataire, on laisse dans l'*intentio* de la formule le nom du plaideur originaire, et l'on substitue dans la *condemnatio* au nom du plaideur primitif celui de l'héritier ou du mandataire.

4° *Elle détermine l'époque où le juge doit se reporter pour apprécier l'existence et l'étendue du droit allégué.* — Cette règle est inspirée par l'équité ; le demandeur doit trouver dans le jugement la situation qu'il aurait eue, s'il avait pu obtenir justice dès le jour de sa demande. L'effet rétroactif s'arrête au moment de la *litis contestatio*, car c'est à ce moment que la question discutée prend un caractère net et précis. Le juge doit donc se reporter au moment de la délivrance de la formule pour savoir s'il doit condamner ou absoudre le défendeur.

Ce principe reçoit trois applications relativement à l'existence du droit invoqué :

1° Dans les actions réelles, si le droit n'existe pas au jour de

la *litis contestatio*, le demandeur n'aura pas gain de cause, alors même qu'il aurait acquis ce droit avant la fin du procès, et, à l'inverse, si le droit existe à son profit au moment de la *litis contestatio*, la perte ultérieure du droit *inter moras litis* n'empêche pas le succès du demandeur. Ainsi le demandeur qui intente une action en revendication triomphe s'il est propriétaire au jour de la *litis contestatio*, et l'usucapion accomplie par le défendeur *inter moras litis* n'empêche pas celui-ci d'être condamné s'il ne retransfère pas au demandeur la propriété de la chose usucapée. On sait qu'à la différence de la *præscriptio longi temporis*, l'usucapion n'est pas interrompue par la demande en justice.

2° Dans les actions de droit strict, le droit doit également exister au profit du demandeur au jour de la *litis contestatio* ; si ce droit a disparu à ce moment, il n'y aura pas de condamnation. La question posée au juge : *si paret dare oportere*, se réfère donc au jour de la délivrance de la formule.

3° Les actions de bonne foi relèvent, en principe, de la même règle. Mais ici, le juge, autorisé à statuer *ex æquo et bono*, était libre de tenir compte de certains événements postérieurs à la *litis contestatio*.

Comme on le voit déjà pour les actions de bonne foi, la règle d'après laquelle la condamnation s'impose, malgré les faits postérieurs à la *litis contestatio*, n'est pas absolue. Mais elle comporte d'autres dérogations ; il y a, en effet, des événements qui, quoique postérieurs à la *litis contestatio*, pourront empêcher la condamnation. Ainsi : 1° la chose litigieuse périt par cas fortuit sans aucune faute du défendeur. La vérité juridique est bien que la *litis contestatio* l'a constitué en demeure et que sa dette ne peut plus s'éteindre *interitu rei debitæ* : mais, en pratique, on tempérait les rigueurs de cette théorie en considérant le défendeur comme libéré et la condamnation comme n'ayant plus d'objet ; 2° le défendeur offre de satisfaire le demandeur : dans les actions de bonne foi, on était unanime à admettre que la satisfaction donnée par le défendeur entraînait toujours l'absolution ; dans les actions de droit strict, les Sabiniens enseignaient la même doctrine, mais les Proculiens sou-

tenaient que la satisfaction offerte par le défendeur ne faisait pas obstacle à la condamnation, lorsque le droit existait au jour de la *litis contestatio*. La doctrine sabinienne, moins logique, mais plus équitable, prévalut : ainsi donc, malgré l'existence du droit au jour de la *litis contestatio*, l'instance se terminera par une absolution, si le demandeur a reçu *pendente judicio* du défendeur une satisfaction dont il s'est contenté : c'est le sens de la maxime presque énigmatique : *omnia judicia absolutoria sunt*.

En ce qui concerne l'étendue du droit invoqué, c'est encore, en principe, au jour de la *litis contestatio* qu'il faut se reporter pour l'apprécier. Le juge doit se placer à ce moment-là pour fixer le montant de la sentence et les restitutions que le défendeur devra faire. Mais on a apporté des tempéraments à cette règle théorique, qui pourrait être rigoureuse dans la pratique. Le juge devra prendre en considération certaines causes qui peuvent agir sur l'étendue du droit, indépendamment de la volonté des parties, et qui viennent de la chose litigieuse elle-même. Ainsi, il tiendra compte, pour atténuer la condamnation, des détériorations non imputables au défendeur ou des améliorations qu'il a apportées à la chose, et, pour augmenter le montant de la condamnation, de la valeur des accessoires qui sont venus s'ajouter à la chose, fruits, alluvions. Ces causes, quoique postérieures à la *litis contestatio*, doivent influer sur le montant de la condamnation.

En résumé, si, d'un côté, l'équité exige que le demandeur triomphant ne souffre pas des inévitables retards de la justice et que sa situation soit réglée, comme si la sentence eût été rendue au moment de la *litis contestatio*, de l'autre, l'équité commande également que le juge tienne compte dans une juste mesure des faits intervenus dans le cours du procès. La justice n'est pas synonyme de rigueur ou de logique à outrance.

Procédure in judicio. — Après la délivrance de la formule, l'instance est définitivement engagée par l'effet de la *litis contestatio*, et les parties doivent comparaitre devant le juge désigné. L'ajournement à comparaitre devant le juge le troisième jour

après sa nomination faite par le magistrat (*comperendinatio*) se maintint sous le système formulaire; mais les parties ne se donnent plus aucune garantie réciproque pour assurer cette comparution, car, par l'effet de la *litis contestatio,* l'instance peut se poursuivre, alors même que l'une des parties ferait défaut.

En cas de comparution, le juge reçoit d'abord les preuves. C'est, en principe, au demandeur qu'incombe la charge de prouver le droit qu'il allègue : *actori incumbit probatio*. Mais, à son tour, le défendeur, qui invoque des moyens de défense proprement dits ou des exceptions, doit en faire la preuve : *reus in excipiendo fit actor*.

En droit romain, tous les moyens de preuve sont admis ; la loi n'apporte aucune restriction dans l'administration des preuves. Les principaux moyens de preuve sont : 1° les titres, *instrumenta*, écrits dressés antérieurement au procès ; 2° les témoins ; la preuve testimoniale a autant de valeur que la preuve écrite : on peut même détruire par témoin la sincérité d'un écrit. Un seul témoin peut faire foi en justice. Mais, sous la procédure extraordinaire, on ne tient plus compte d'un témoignage isolé : *testis unus, testis nullus*. En droit français, la preuve testimoniale n'est pas admise pour établir des conventions excédant cent cinquante francs ; 3° l'aveu du défendeur ; 4° le serment, *jusjurandum judiciale*. Il est appelé *supplétoire*, lorsque le juge le défère à l'une des parties, en cas d'insuffisance de preuves ; il faut que la cause soit douteuse, car si les preuves manquaient tout-à-fait, le défendeur serait absous. Ce serment ne doit pas être confondu avec le serment *décisoire* (*jusjurandum necessarium*), qui est déféré *in jure* par l'une des parties à l'autre, et que celle-ci doit prêter ou référer, sous peine de perdre son procès. Le serment supplétoire est déféré par le juge ; on peut refuser de le prêter sans échouer nécessairement ; mais le juge sera, en cas de refus, plus porté à se prononcer contre celui qui n'a pas voulu le prêter. Le serment judiciaire est appelé *juramentum in litem*, lorsqu'en cas de dol ou de mauvaise volonté du défendeur, le juge le défère au demandeur pour déterminer le montant de la condamnation.

Mais le juge n'est pas tenu de se conformer à l'estimation faite dans le serment; il a un pouvoir d'appréciation; 5° les présomptions, ou conséquences que l'on peut tirer d'un fait connu pour établir un fait inconnu.

Après l'administration des preuves, l'affaire est plaidée oralement. Puis, si l'affaire est claire, le juge rend sa sentence. Si l'affaire mérite réflexion, il la met en délibéré; si elle a besoin d'être éclaircie par une mesure d'instruction, expertise, vérification d'écriture, le juge rend un jugement *interlocutoire*. Ajoutons que le juge peut refuser de statuer en déclarant par serment que le procès n'est pas clair pour lui (*sibi non liquere*) ; le juge français qui s'abstiendrait d'une décision pour ce motif commettrait un déni de justice. La sentence est prononcée à l'audience et de vive voix. Elle éteint l'obligation de subir l'instance, qu'avait créée la *litis contestatio*, et cette extinction a lieu de plein droit dans les actions *in personam*, *in jus*, et constitutives d'un *judicium legitimum*, et par voie d'exception dans toutes les autres. En même temps, elle crée, à la place de l'obligation éteinte de subir la sentence et la condamnation, l'obligation nouvelle d'exécuter la sentence : *post condemnationem judicatum facere oportere*. La sentence produit donc, comme la *litis contestatio*, une sorte de novation. La sentence rendue en dernier ressort constitue la chose jugée : *res judicata pro veritate habetur*. Elle engendre au profit du demandeur l'action *judicati*, et au profit du défendeur l'exception de chose jugée, *rei judicatæ*.

Quel que soit l'objet de la demande, la condamnation porte toujours sur une somme d'argent déterminée. La condamnation sera ainsi en harmonie avec le mode d'exécution de la période formulaire, la *bonorum venditio*, qui tendait à convertir le gage des créanciers en une somme d'argent.

Voies d'exécution sous la procédure formulaire. — Lorsque la sentence n'a pas été frappée d'appel et n'a pas été exécutée volontairement dans le délai de trente jours, le demandeur peut, en vertu de l'action *judicati*, la faire exécuter de force. Cette action est civile, perpétuelle et croît au double *per infitiationem*. Les voies d'exécution sont au nombre de deux :

la contrainte par corps et la vente en masse des biens. L'exécution personnelle, qui consistait dans un emprisonnement subi dans la maison du créancier, était exceptionnelle ; car, depuis Auguste, le débiteur pouvait se soustraire à la contrainte par corps en faisant à ses créanciers l'abandon de tous ses biens : c'est la *cession de biens*. L'exécution réelle sur les biens du condamné, qui consistait dans la vente en masse de son patrimoine, formait la règle générale. La *bonorum venditio* a son origine dans la *pignoris capio* : ce vieux mode d'exécution fut étendu aux créances privées par le préteur. La *bonorum venditio* était précédée d'un envoi en possession prononcé par le magistrat, sur la demande des créanciers ; cette *missio in possessionem* emporte le dessaisissement du débiteur, et c'est un curateur ou syndic qui administre à sa place. En même temps, des publications sont faites pour avertir les créanciers et les personnes qui veulent acheter. C'est le curateur ou syndic qui est chargé de procéder à la vente. On rédige une sorte de cahier des charges, qui contient les noms des créanciers, le montant de leurs droits et la nature des biens. L'adjudication se fait au profit de celui qui offre le prix le plus élevé. La *bonorum venditio* entraînait l'infamie contre le débiteur. L'acquéreur, *bonorum emptor*, était tenu de payer le prix au curateur ou syndic, qui devait le répartir entre les créanciers poursuivants. Le *bonorum emptor*, en tant qu'acquéreur universel, avait la situation d'un héritier prétorien, se trouvait *in causâ usucapiendi*, et était investi d'une action fictice (*ficto se herede*) pour faire respecter son droit.

III. — Système extraordinaire.

Sous la procédure formulaire, il y avait des cas exceptionnels, notamment, en matière de fidéicommis et de *restitutio in integrum*, où le magistrat prononçait *extra ordinem*, c'est-à-dire statuait lui-même, au lieu de renvoyer à un juge la connaissance de l'affaire. Cette exception devait se généraliser sous les empereurs chrétiens ; elle finit par devenir la règle sous Dioclétien et ses successeurs Désormais, le magistrat ou président de province devra statuer lui-même, et ce n'est qu'à

titre exceptionnel qu'il pourra renvoyer devant un juge. Cette révolution dans la procédure devait fatalement se produire : aux époques de décadence qui suivirent l'incomparable époque classique, la mission de rendre la justice ne pouvait plus raisonnablement être confiée aux particuliers, à cause de leur ignorance presque générale et de la facilité avec laquelle, dans ces temps de dissolution sociale, chacun cherchait à se dérober aux charges publiques.

Il n'y a plus désormais une double instance ; les pouvoirs du magistrat et du juge se confondent. Le mode ordinaire d'ajournement est le *libellus conventionis*, sorte de requête adressée au magistrat et contenant, avec l'exposé sommaire de la demande, une prière de faire comparaître le défendeur ; le magistrat rend alors une ordonnance d'assignation, qui est notifiée au défendeur par un huissier (*viator*). Le défendeur cité doit comparaître après vingt jours. S'il ne comparaît pas et que la demande de son adversaire soit justifiée, il est condamné par défaut. Quand les parties ont comparu, chacune d'elles expose l'affaire au juge, et cet exposé contradictoire indique le moment de la *litis contestatio*. La *litis contestatio* est toujours le point de départ de la déduction du droit en justice et produit toujours l'obligation de subir l'instance, mais elle a perdu son effet extinctif et ne consomme plus le droit d'agir. La sentence doit être rédigée par écrit, prononcée publiquement et insérée sur un registre spécial. Elle n'est plus nécessairement pécuniaire et peut avoir pour objet la chose demandée. En outre, elle peut contenir la condamnation du demandeur, tandis qu'autrefois le défendeur seul était absous ou condamné. Enfin, elle ne supprime plus *ipso jure* le droit déduit en justice ; elle engendre toujours une *exceptio rei judicatæ* au profit de ceux qui ont figuré dans l'instance.

Les sentences sont exécutoires après un délai de quatre mois, qui court du jour du jugement ou de sa confirmation sur appel. La détention individuelle existe toujours, mais elle a lieu dans une prison publique ; la cession de biens est toujours un moyen de l'éviter. Quant à l'exécution réelle, la vente en masse a été remplacée par la vente en détail, *distractio bono-*

rum. L'adjudication a lieu avec le ministère d'un curateur. Le débiteur n'encourt plus la note d'infamie ; mais les créanciers conservent le droit de le poursuivre sur ses biens futurs jusqu'à parfait paiement.

IV. — Voies de recours sous les trois systèmes de procédure.

L'appel ou recours hiérarchiquement porté devant un tribunal supérieur contre la sentence d'un tribunal inférieur était inconnu sous la République ; la raison en est que la sentence judiciaire était l'œuvre d'un juge et non d'un fonctionnaire d'un ordre plus ou moins élevé. Mais, à défaut d'appel, il y avait plusieurs voies pour échapper aux effets d'un jugement : le condamné pouvait soit invoquer la nullité de la sentence, soit recourir à la *revocatio in duplum* ou à la *restitutio in integrum*.

D'abord, il pouvait invoquer la nullité de la sentence soit à raison d'un vice de forme, tel que l'incapacité du juge, soit pour violation manifeste de la loi ; cette nullité devait être opposée au moment où le demandeur réclamait par l'action *judicati* l'exécution de la sentence ; si l'opposant succombait, sa résistance était punie d'une condamnation au double.

En outre, le condamné pouvait, au lieu d'attendre qu'on lui réclamât l'exécution par l'action *judicati*, prendre les devants et demander une déclaration de nullité de la sentence : c'était la *revocatio in duplum*, ainsi appelée parce qu'en cas d'échec il était condamné au double. La *revocatio* n'est plus possible après un délai de dix ans entre présents et vingt ans entre absents.

Enfin, quand la sentence est valable et passée en force de chose jugée, le condamné pouvait recourir à la voie de droit extraordinaire de la *restitutio in integrum* ; un tribunal quelconque, même celui qui a rendu la sentence, peut connaître de la demande en restitution. La restitution est prononcée pour l'une des causes ordinaires prévues par l'édit prétorien ; en pratique, elle est prononcée surtout au profit du mineur ou dans le cas où les témoignages auront été reconnus faux.

Dès le règne d'Auguste, nous voyons apparaître l'appel, sous

l'influence de cette idée que le juge, tenant ses pouvoirs du magistrat, peut être considéré en quelque sorte comme son délégué. L'appel est possible, en principe, pour toute affaire et au profit de toute personne ; cependant, l'appel d'un jugement interlocutoire, ou jugement prescrivant une instruction préalable, n'était pas possible avant le jugement définitif.

Devant qui se porte l'appel ? On appelle d'un juge au magistrat qui l'a constitué, du magistrat au préfet de Rome, du récupérateur au magistrat provincial, du magistrat provincial au gouverneur. De ces hauts fonctionnaires on appelle soit à l'Empereur, soit au préfet du prétoire. qui le remplace, et dont les décisions sont en dernier ressort. En aucun cas, on ne pouvait appeler *per saltum*, c'est-à-dire que l'appel ne devait pas sauter un degré de juridiction.

L'appel était interjeté, soit de vive voix, à l'instant même du prononcé de la sentence, soit par écrit (*libellus appellatorius*) contenant, avec le nom de l'appelant, l'exposé de la sentence attaquée. Le délai pour l'interjeter était de dix jours ; mais les appels à l'Empereur jouissaient d'un délai d'une année. En droit français, le délai est de deux mois à partir de la signification du jugement.

L'appel est *suspensif* et *devolutif* : suspensif, c'est-à-dire qu'il arrête l'exécution du jugement frappé d'appel ; dévolutif, c'est-à dire qu'il soumet pleinement l'affaire à la juridiction devant laquelle il est porté et permet ainsi aux parties de produire de nouveaux moyens de défense.

Quand l'appel est reconnu fondé, le nouveau jugement annule et remplace l'ancien. Quand l'appelant succombe, il subit, à l'origine, une peine pécuniaire, qui peut s'élever au tiers de l'intérêt du litige ; les peines du plaideur téméraire furent élevées par les empereurs chrétiens jusqu'à des rigueurs exorbitantes, telles que la confiscation partielle et la relégation. Mais Justinien se contenta d'infliger une amende à l'appelant de bonne foi et la note d'infamie à l'appelant de mauvaise foi.

Sous l'Empire, nous trouvons encore la supplique au prince, *supplicatio* : c'était un recours suprême à l'Empereur contre les décisions en dernier ressort du préfet du prétoire ; elle

n'était plus recevable lorsque deux ans s'étaient écoulés depuis que ce haut magistrat avait cessé ses fonctions.

V. — *Théorie de la restitutio in integrum.*

L'étude de la *restitutio in integrum* peut trouver place ici : car la demande à fin de restitution formait, sous la procédure formulaire, un cas de *persecutio extra ordinem*, et nous venons de voir qu'elle pouvait constituer une voie de recours extraordinaire contre les jugements.

La *restitutio in integrum*, d'origine prétorienne, est un acte du magistrat supérieur qui rescinde un fait juridique valable d'après le droit civil. Elle nous apparaît comme un remède suprême destiné à rétablir dans l'état de choses antérieur une personne qui a subi un dommage par la rigueur des principes du droit civil.

Conditions de la restitutio in integrum. — Elle requiert trois conditions :

1° Il faut que le demandeur ait éprouvé un préjudice sérieux ; si le dommage est sans importance, on applique la maxime : *de minimis non curat prætor*.

2° Il faut que le demandeur n'ait pas d'autre moyen juridique pour se faire indemniser du préjudice causé : c'est donc une ressource extraordinaire, une voie de droit subsidiaire ; la raison en est qu'elle s'attaque à des actes valables *jure civili*.

3° Il faut qu'il puisse invoquer un juste motif de restitution. Cette condition suppose d'abord que le dommage ne provient ni d'un cas fortuit ni d'une faute du demandeur. Il doit y avoir ensuite une cause de restitution basée sur l'équité. Les justes causes prévues par l'Edit sont au nombre de six :

1° La minorité de la personne lésée, *restitutio in integrum ob ætatem* : l'acte dommageable eût-il été réalisé par le père, le tuteur ou curateur, ou par le mineur avec leur intervention, la minorité forme une cause absolue de restitution. Le mineur devenu majeur qui confirme l'acte préjudiciable renonce par là-même au bénéfice de la restitution.

2° La violence, *restitutio ob metum* : cette restitution, contrai-

rement au droit commun, n'était pas subsidiaire, et le plaignant avait le choix entre ce recours et l'action *quod metûs causâ*, à raison du caractère pénal de l'action. Mais la restitution avait l'avantage de remettre dans le patrimoine de la victime les droits réels extorqués par la violence.

3° Le dol, *restitutio ob dolum* : elle est accordée, notamment, aux créanciers qui veulent obtenir la rescision des actes frauduleux de leur débiteur.

4° L'erreur excusable, *restitutio ob errorem justum*. L'erreur est souverainement appréciée par le magistrat, qui n'accorde la restitution que dans des circonstances particulièrement dignes d'intérêt.

5° La *capitis deminutio* : au temps classique, la *restitutio in integrum* était encore utile pour faire revivre les dettes antérieurement contractées par une personne qui subit une *capitis deminutio*.

6° L'*absence* : cette cause se produit, soit en faveur de celui qui a perdu un droit ou une action pendant une absence légitime, soit en faveur de celui qui a perdu un droit ou une action par suite de l'impossibilité où il s'est trouvé de l'exercer contre un absent.

Indépendamment de ces causes expressément définies, l'Edit contenait une clause générale, *clausula generalis*, par laquelle le préteur se réservait le pouvoir de prendre en considération d'autres causes pour prononcer la restitution, toutes les fois que l'équité l'exigerait : *si qua alia mihi justa causa videbitur, in integrum restituam*.

Procédure. — Le délai pour invoquer le bénéfice de la restitution est d'une année utile, dans le droit classique, et de quatre ans continus sous Justinien. Le demandeur est celui qui a subi le dommage, le défendeur celui qui en a profité. En principe, la *restitutio* est *in personam* et non *in rem* : autrement dit, le bénéfice n'en est pas étendu aux coobligés, et elle ne peut être intentée que contre l'auteur de la lésion. Par exception, elle est *in rem* : 1° lorsqu'elle se fonde sur la violence ; 2° lorsque le tiers détenteur est de mauvaise foi. Le magistrat, avant de statuer sur la demande en restitution, doit faire une enquête sur les motifs invoqués.

Effets. — La *restitutio in integrum* tend au rétablissement de l'état de choses antérieur : par suite, le défendeur est tenu de réparer tout le dommage qu'il a causé, et le demandeur de restituer ce dont il s'est enrichi : *ut unusquisque in integrum jus suum recipiat.*

Deux procédés de restitution s'offraient, suivant les cas, au magistrat : 1° il peut rescinder l'acte dommageable et ordonner de rétablir les choses dans leur état précédent : ainsi, un mineur a-t-il éprouvé une lésion importante en aliénant un immeuble, le préteur déclare la vente non avenue et ordonne à l'acquéreur de restituer l'immeuble avec ses accessoires, à la charge pour le mineur de rendre le prix dont il a profité ; 2° lorsque la demande tendait à faire revivre une action ou exception éteinte, le magistrat en prononçait le rétablissement par un décret et rendait au plaignant son action ou exception perdue ; le préteur employait ce procédé, quand le droit rétabli était litigieux et qu'il ne voulait pas en connaître au fond ; il délivrait alors une formule d'action rescisoire fictice, fondée sur ce que l'acte intervenu n'avait pas eu lieu, et le juge devait statuer sur le mérite de cette action.

VI. — Des plaideurs et de la représentation en justice.

Des plaideurs. — En principe, ne peut ester personnellement en justice que le plaideur capable de s'obliger ; car le procès entraîne l'obligation de se soumettre à la sentence. Mais le plaideur incapable peut ester en justice avec l'assistance de son tuteur ou curateur ; s'il n'en a pas, le préteur lui nomme un curateur *ad hoc*.

En outre, le droit de figurer en justice manque à l'esclave, et, à l'origine, à toute personne placée sous la puissance d'autrui ; mais, plus tard, le fils de famille put actionner et être actionné. Notons qu'entre deux personnes, unies par un lien de puissance, aucune action en justice n'est possible. Les pérégrins furent toujours admis à plaider ; mais ils ne purent exercer les actions civiles qu'à titre de fictices (*ficto cive*).

De la représentation en justice. — Le *procurator ad litem* ne doit pas être confondu avec l'avocat, qui assiste la partie en

cause, mais ne la représente pas dans l'instance. On peut poser, comme règle générale, que celui qui a la capacité de plaider pour son propre compte peut aussi plaider pour autrui; sont donc absolument inhabiles à représenter une partie en justice les personnes incapables de plaider en leur propre nom. En outre, la loi déclare incapables les femmes, les soldats et les personnes notées d'infamie. Sous Justinien, l'incapacité attachée à l'infamie n'existe plus.

Les règles relatives à la représentation judiciaire ont varié sous les différents systèmes de procédure.

Sous la procédure des actions de la Loi, le principe est qu'on ne peut agir par procureur : *nemo alieno nomine lege agere potest*. Le plaideur doit en personne et en son nom accomplir les rites solennels. Par exception, on pouvait plaider au nom d'autrui : 1° *pro populo*, dans un procès intéressant le peuple; 2° *pro libertate*, en qualité d'*assertor libertatis*; 3° *pro tutelâ*, lorsqu'il y a nécessité pour le tuteur d'agir à la place du pupille *infans* ou absent; 4° pour des captifs ou absents, lorsqu'un vol est commis à leur préjudice; 5° pour une personne déjà actionnée; c'est le cas du *vindex*.

Sous la procédure formulaire, l'ancien principe est infirmé, et l'on peut plaider pour autrui à titre de tuteur ou de curateur, de *cognitor* ou de *procurator*, de syndic, s'il s'agit d'une personne morale. L'*intentio* de la formule sera conçue au nom du représenté, et la *condemnatio* au nom du représentant : c'est donc le représentant qui est passible de la condamnation.

Le *cognitor* était constitué *in jure* en termes solennels, en présence de l'adversaire; à raison de la certitude et de la publicité de son mandat, le *cognitor* s'identifie avec le représenté : dès lors, ce qui est jugé avec le *cognitor* lie le représenté, qui sera seul investi ou passible de l'action *judicati*. Comme les conditions de constitution du *cognitor* étaient gênantes, on créa le *procurator ad litem*, qu'on établissait par simple mandat, exprès ou tacite, en l'absence ou même à l'insu de l'adversaire. Le *procurator*, à raison de l'incertitude qui pouvait régner sur son mandat, ne s'identifiait pas avec le représenté : dès lors, ce qui était jugé avec lui ne liait pas le mandant, au

moins directement ; c'était le *procurator* qui se trouvait investi ou passible de l'action *judicati*. Aussi devait-il donner caution que le mandant accepterait le résultat du procès : *satisdare rem ratam dominum habiturum*. Cette caution *de rato*, étrangère au représenté, ne l'empêchait pas de recommencer le procès ; mais ce qui l'en détournait, c'était la crainte du recours que le *procurator* poursuivi aurait pu exercer contre le mandant par l'action *mandati contraria*. Plus tard, on dispense de fournir la caution *de rato* le *procurator* dont le mandat n'était pas susceptible de contestation, tel que le *procurator* constitué par une personne présente ou dont la nomination avait été notifiée à l'adversaire par lettre du mandant.

Sous la procédure extraordinaire, le *procurator* constitué par une personne présente ou muni d'un mandat publiquement constaté représente pleinement le mandant ; dès lors, l'action *judicati* se donne pour ou contre le mandant. Le *cognitor* était, par suite, devenu inutile. Il ne reste plus que deux sortes de représentants judiciaires qui ne s'identifient pas avec le représenté : le *procurator absentis*, c'est-à-dire agissant sans mandat, et le *procurator in rem suam*.

VII. — Des sûretés à fournir en justice.

On appelle *cautions* ou *satisdations* des promesses par stipulation garanties par des *adpromissores*. Sous le droit classique, les cautions exigées des plaideurs sont au nombre de deux : la *cautio de rato* et la *cautio judicatum solvi*. Ce sont deux stipulations prétoriennes accompagnées de satisdations et fournies *in jure*.

La caution *de rato* est imposée au *procurator* demandeur plaidant pour le compte d'autrui ; cette caution, par laquelle le *procurator* s'engage à obtenir la ratification du mandant, a pour but de garantir le défendeur contre le préjudice que lui causerait une action nouvelle intentée par le représenté.

La caution *judicatum solvi* est imposée : 1° au défendeur plaidant pour son compte dans les actions réelles ; elle a pour but alors de garantir spécialement la restitution ordonnée par le juge ; dans les actions personnelles, elle n'est exigée du dé-

fendeur plaidant en son nom que dans des cas exceptionnels, notamment, lorsqu'il a fait banqueroute ou lorsque le préteur le juge suspect ; 2° au *procurator* défendeur plaidant pour le compte d'autrui dans toutes les actions réelles ou personnelles. La caution *judicatum solvi* a trois objets à garantir et comprend trois clauses : *de re defendendâ,* ou promesse de suivre l'instance jusqu'à la *litis contestatio* ; *de dolo malo,* ou promesse de ne commettre, durant le procès, aucun dol ou aucune dégradation dolosive sur l'objet litigieux ; *de re judicatâ,* ou promesse d'exécuter la condamnation. Faute par le défendeur de fournir cette garantie, la possession était transférée au demandeur, pourvu qu'il donnât lui-même la sûreté.

Sous Justinien, la caution *de rato* n'est due que par le *procurator* demandeur dont les pouvoirs ne sont pas authentiquement constatés. La caution *judicatum solvi* est toujours due par le défendeur qui plaide au nom d'autrui ; mais c'est le représenté qui la fournit pour le *procurator*, en cas de mandat, tandis que c'est le *procurator* lui-même qui la fournit, en cas de gestion d'affaires ; elle est due par le défendeur qui plaide en son propre nom, dans toute action réelle ou personnelle, mais seulement *de re defendendâ,* c'est-à-dire pour garantir sa présence aux débats jusqu'à la fin de l'instance.

VIII. — Des peines contre les plaideurs téméraires.

Les Romains ont de tout temps pris des mesures contre les procès intentés à la légère ou par pur esprit de chicane. Certains moyens employés pour prévenir ou réprimer la légèreté ou la mauvaise foi étaient communs aux deux parties : 1° chaque plaideur peut exiger de son adversaire le serment qu'il n'agit pas dans un esprit de chicane : *jusjurandum calumniæ ;* 2° à l'origine, le plaideur qui échoue perd la somme qu'il a consignée ; plus tard, le plaideur qui succombe est condamné aux dépens ou frais du procès ; le plaideur qui triomphe obtient la restitution des frais qu'il a payés. Mais le juge est autorisé exceptionnellement, à raison de certaines circonstances, telles que la parenté des parties, le caractère d'intérêt commun du litige, à compenser les dépens, c'est-à-dire à mettre à la charge de chaque partie ses propres frais.

Les peines spéciales auxquelles le demandeur est exposé en cas d'échec sont : 1° la perte de son procès et de son droit, au temps classique, dans le cas de *plus petitio* ; 2° sa condamnation au dixième de la valeur du litige, dans une instance reconventionnelle, qui exige la preuve de la mauvaise foi ; 3° une amende de cinquante *solidi*, dans le cas où il a cité en justice, sans autorisation du magistrat, son ascendant ou son patron.

Les peines spéciales au défendeur sont : 1° la condamnation au double quand il a nié vainement sa dette, dans les actions *judicati*, *depensi*, de la loi *Aquilia*, dans la *condictio ex testamento* et dans l'action de dépôt nécessaire ; 2° l'infamie qu'il encourt lorsqu'il est condamné à la suite des actions de dol, *tutelæ directa*, *depositi*, *pro socio*, *mandati*, *furti*, *vi bonorum raptorum* *injuriarum*.

CHAPITRE III

CLASSIFICATION DES ACTIONS

Considérée comme la faculté de recourir à la puissance publique pour en obtenir la reconnaissance d'un droit, l'action peut être :

1° *Civile* ou *honoraire* : civile, quand elle se fonde sur une source du droit civil, loi, sénatus-consulte, constitution, usage ; honoraire, quand elle est concédée en vertu de l'Edit par les magistrats chargés de l'administration de la justice ; le droit honoraire trouve sa principale application dans l'édit prétorien. La plupart des actions civiles étaient perpétuelles, la plupart des actions prétoriennes étaient annales.

2° *Directe* ou *utile* : directe, quand elle est exercée dans le cas même pour lequel elle a été primitivement instituée ; utile, quand, pour des motifs d'utilité pratique, elle est étendue, par l'interprétation ou l'usage, à des cas analogues, qui ont échappé aux prévisions littérales du texte législatif. L'extension de l'action primitive à des hypothèses nouvelles s'opère à l'aide tantôt d'une fiction, tantôt d'une rédaction *in factum* ; sa formule est donc tantôt fictice, tantôt *in factum*.

3° *In jus*, *in factum*, *fictice*: *in jus*, quand l'*intentio* de la formule pose au juge une question de droit civil à résoudre ; *in factum*, quand l'*intentio* pose au juge une simple question de fait ; l'action *in factum* n'a pas de *demonstratio*, est prétorienne, et marque les progrès réalisés par le magistrat, qui a eu pour but, en la donnant, soit de créer une action nouvelle qui n'a pas d'analogie dans le droit civil, comme l'action servienne ou quasi-servienne, soit d'étendre l'application d'une loi équitable, comme l'action *in factum utilis* donnée dans les cas où fut étendue l'application de la loi Aquilia ; fictice, quand l'*in-*

tentio repose sur une fiction consistant dans la supposition de l'existence d'un droit ou d'un fait qui, en réalité, n'existent pas, ou de l'inexistence d'un droit ou d'un fait qui existent, ou même dans la supposition d'une qualité qui manque à l'une des parties : c'est ainsi que l'action publicienne se fonde sur la fiction que le demandeur, lorsqu'il a perdu la possession de la chose, avait déjà fini une usucapion qui n'était, en réalité, que commencée ; telle est aussi l'action fictice rescisoire, qui se fonde sur la supposition que l'aliénation consentie par le débiteur n'a pas eu lieu ; c'est ainsi encore que le préteur concède au *bonorum possessor*, au *bonorum emptor*, au pérégrin, des actions qui leur manquent : il suppose les deux premiers héritiers, le troisième citoyen ; dès lors, ils agiront, les premiers *ficto herede*, le troisième *ficto cive*. Les actions fictices ont servi à élargir l'application de la vieille loi nationale. Depuis la disparition du système formulaire, la division des actions en actions *in jus*, *in factum* et fictices, a perdu sa raison d'être.

4° *In rem* ou *in personam* : *in rem*, quand la demande tend à la reconnaissance d'un droit réel ; *in personam*, quand elle tend à la reconnaissance d'un droit de créance. Ces actions tirent leur qualification *in rem* ou *in personam* de la rédaction impersonnelle ou nominative de l'*intentio*.

5° *Mixte « tàm in rem quàm in personam »* : ont seules ce caractère les actions divisoires ; mais ces actions sont incontestablement personnelles, puisqu'elles trouvent leur cause dans l'obligation de consentir au partage ou au bornage ; quel est donc le sens de ces mots : *tàm in rem quàm in personam* ? ces expressions signifient que, grâce à l'*adjudicatio*, le juge a le pouvoir de transférer la propriété en même temps que celui d'établir un droit de créance en imposant des soultes. Mais cette qualification est défectueuse ; car elle tend à établir une confusion entre la reconnaissance judiciaire du droit réel, résultant de l'action *in rem*, avec l'attribution judiciaire du droit réel, résultant des trois actions divisoires.

6° *Bonæ fidei* et *stricti juris* : *bonæ fidei*, quand le juge peut y statuer d'après l'équité ; *stricti juris*, quand il est tenu de statuer suivant la lettre du droit civil.

7° *Arbitraire* : c'est celle dans laquelle le juge, après avoir reconnu le bien fondé de la prétention du demandeur, ordonne au défendeur de fournir telle ou telle satisfaction au demandeur, sous peine d'être condamné.

8° *Réipersécutoire, pénale* ou *mixte*: réipersécutoire, quand elle tend à procurer au demandeur son bien ou l'équivalent, sans appauvrir le défendeur ; pénale, quand elle tend à infliger au défendeur une peine pécuniaire, qui profitera au demandeur; mixte, quand elle tend à procurer à la fois au demandeur son bien ou l'équivalent et une peine pécuniaire, qui appauvrit le défendeur.

9° *Perpétuelle* ou *temporaire* : perpétuelle, quand elle a une durée illimitée ; temporaire, quand elle a une durée limitée, ordinairement la durée de l'édit, une année utile. Sous le Bas-Empire, les actions perpétuelles sont limitées à trente ans.

Section I. — Actions in rem civiles.

Les actions destinées à sanctionner les droits réels reconnus par le droit civil sont au nombre de quatre : 1° la revendication ; 2° l'action confessoire ; 3° l'action négatoire ; 4° la pétition d'hérédité.

I. — Revendication.

La revendication est l'action réelle qui tend à la reconnaissance de la propriété quiritaire.

Objet de la revendication. — La revendication n'est applicable qu'aux choses corporelles, dans le commerce, susceptibles de propriété quiritaire et existant au jour de la *litis contestatio*. Il faut donc exclure de sa sphère d'application les choses hors du commerce et les fonds provinciaux ; en outre, la chose revendiquée doit exister au jour de la *litis contestatio*, car on ne revendique pas ce qui n'est plus, *res extinctæ vindicari non possunt*. On considère, à cet égard, comme *res extincta* la chose qui, jointe accessoirement à une autre, n'a plus d'existence individuelle et distincte, par exemple, les matériaux réunis en construction sur le sol. Mais la revendication

de la chose accessoire redevient possible dès qu'elle est séparée de la chose principale. La revendication peut porter sur des choses particulières ou sur un ensemble de choses corporelles, comme un troupeau.

Qui peut revendiquer. — La revendication ne compète qu'au propriétaire quiritaire qui a perdu la possession de sa chose. S'il était simplement troublé dans sa possession, il lui suffirait d'invoquer un interdit possessoire. La revendication appartient au propriétaire quiritaire, quel que soit le mode d'acquérir qui ait fait entrer la chose dans son patrimoine, pourvu que son droit existe au jour de la *litis contestatio*. Comme tout demandeur, celui qui intente la revendication doit faire la preuve de son droit de propriété. Par cette preuve, il doit établir non seulement qu'il a traité lui-même avec un propriétaire capable, en vertu d'une cause régulière d'acquisition, comme une mancipation ou une tradition, mais encore que les conditions nécessaires pour transférer le domaine quiritaire ont été réunies également sur la tête de son auteur et des auteurs de son auteur ; aussi cette preuve seraitelle souvent difficile, si l'usucapion ne venait, au bout d'un certain temps, donner à la propriété une consistance définitive ; il suffira donc au demandeur d'établir qu'il a usucapé, c'est-à-dire possédé de bonne foi et en vertu d'un juste titre pendant tout le temps requis pour l'usucapion.

Contre qui on peut revendiquer. — En principe, la revendication s'exerce contre tout possesseur, sans distinguer s'il a la possession juridique ou la simple détention, s'il possède pour lui-même ou pour autrui : *ab omnibus qui tenent peti potest*. Mais Constantin voulut qu'en matière immobilière, le détenteur pour autrui actionné indiquât la personne au nom de laquelle il possédait : si l'auteur ainsi désigné ne comparaît pas dans le délai fixé par le juge, celui-ci peut transférer la possession au demandeur, en réservant, d'ailleurs, la question de propriété ; le revendiquant jouera désormais le rôle de défendeur, et l'absent, qui revient en temps utile, ne peut rentrer dans la chose qu'en prouvant son droit de propriété. L'innovation de Constantin offrait un triple avantage : d'abord,

le demandeur suivait la voie la plus directe pour arriver à une solution définitive ; en outre, le détenteur obtenait sa mise hors de cause dans un procès pétitoire qui lui était indifférent ; enfin, le vrai possesseur pouvait présenter des moyens de défense inconnus du détenteur.

Exceptionnellement, on peut revendiquer contre une personne qui ne possède pas : 1° lorsqu'elle a cessé par dol de posséder avant la *litis contestatio*, soit en détruisant, soit en aliénant la chose, *dolus pro possessione est* ; 2° lorsqu'elle se présente au procès comme possédant, alors qu'en réalité elle ne possède pas, dans le but de favoriser l'achèvement de l'usucapion au profit du tiers qui possède. Dans ces deux cas, le non-possesseur est réputé possesseur, *fictus possessor*, et, comme tel, il subit toutes les condamnations que le juge prononce d'ordinaire contre le possesseur de mauvaise foi.

Formes de la revendication. — On peut agir en revendication *per sacramentum*, *per sponsionem* et *per formulam petitoriam*. Le premier procédé date des actions de la loi ; la *sponsio* servit à ménager la transition entre les actions de la loi et le système formulaire ; la formule pétitoire ne tarda pas, dans la pratique, à raison de sa simplicité, à supplanter les deux autres procédés ; elle est ainsi conçue : *Si paret illum fundum Auli Agerii ex jure Quiritium esse, neque is fundus arbitratu tuo restituatur, judex, quanti ea res erit, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret, absolve*. Ainsi, par cette formule, le préteur conférait au juge la mission d'examiner si le demandeur était propriétaire.

Effets de la revendication. — Si la prétention du demandeur n'est pas fondée ou se trouve paralysée par des exceptions, le défendeur est absous.

Si, au contraire, la demande est fondée, le défendeur est condamné, à moins qu'il ne consente à restituer la chose avec ses accessoires. La revendication est, en effet, une action arbitraire, et, dans toute action arbitraire, la solution du procès se présente sous un double aspect : 1° le juge, après avoir constaté le droit du demandeur, rend une sorte de jugement interlocutoire, *arbitrium*, par lequel il fixe la restitution que

doit faire le défendeur et lui ordonne de restituer sous peine d'être condamné ; 2° dans le cas où le défendeur refuse d'obéir à l'ordre de restituer ou s'est mis par sa faute dans l'impossibilité de restituer, le juge prononce la condamnation, qui est toujours pécuniaire. L'*arbitrium* a donc pour objet d'obvier aux inconvénients de la condamnation pécuniaire.

Mais que comprend l'*arbitrium judicis* ? Il comprend la chose avec ses accessoires. Le défendeur doit restituer d'abord la possession de la chose ou en retransférer la propriété, s'il l'a acquise *inter moras litis ;* car, le juge doit mettre le demandeur dans la situation juridique qu'il aurait eue, si la sentence eût été prononcée au jour de la délivrance de la formule. Le défendeur doit, en outre, restituer les fruits perçus ou qu'il a négligé de percevoir depuis la *litis contestatio* ; il en est de même des produits naturels de la chose, des acquisitions qui s'y rattachent, des bénéfices qu'elle aurait pu procurer au demandeur depuis la délivrance de la formule. Quant aux fruits antérieurs à la *litis contestatio*, le possesseur de bonne foi garde, à l'époque classique, tous les fruits qu'il a perçus, sous Justinien, seulement ceux qu'il a consommés ; mais le possesseur de mauvaise foi est soumis à toutes les restitutions imposées au défendeur après l'engagement de l'instance.

Si le défendeur effectue les restitutions fixées par l'*arbitrium* ou obtient du juge, pour des motifs légitimes et moyennant caution, un délai pour restituer, il est absous.

S'il refuse d'obéir, le juge n'a d'autre pouvoir, dans les premiers temps du système formulaire, que de lui infliger une condamnation pécuniaire ; mais, plus tard, il peut ordonner la dépossession par la force, *manu militari*, toutes les fois qu'il est possible d'arriver à ce résultat. Or, la réintégration forcée du demandeur n'est praticable qu'en présence d'un obstacle de fait, tel que le refus de restituer ; mais s'il faut obtenir un acte juridique qui exige le concours de la volonté du défendeur, comme la retranslation d'une propriété usucapée *inter moras litis*, l'exécution forcée est impossible, et le juge infligera au défendeur une condamnation pécuniaire.

Lorsque l'exécution forcée est impossible, ou que le défendeur s'est mis par son dol dans l'impossibilité d'exécuter, ou encore que la restitution est insuffisante, quel sera le montant de la condamnation ? Il faut distinguer : le défendeur n'a-t-il aucun dol à se reprocher, il sera condamné à la juste valeur de la chose d'après l'estimation qu'en fera le juge, *quanti ea res erit ;* le défendeur s'est-il mis par son dol dans l'impossibilité de restituer, il sera condamné à la somme que fixera le demandeur lui-même, sous la foi du serment (*juramentum in litem*).

II. — Actions confessoire et négatoire.

Action confessoire. — L'action confessoire est une action réelle qui a pour objet d'établir l'existence d'une servitude prédiale ou personnelle. Elle se donne à celui qui se prétend investi d'un droit de servitude sur une chose, soit pour la défendre contre tout trouble quand il l'exerce, soit pour la réclamer quand il ne l'exerce pas ; mais il faut que la servitude soit déjà établie ; l'action confessoire n'appartient donc pas à celui qui n'est que créancier d'une servitude non encore établie. Ainsi, tandis que le propriétaire qui possède n'a pas la revendication, on peut, au contraire, exercer l'action confessoire sans avoir perdu la possession. Pourquoi cette différence entre ces deux voies de droit également réelles et civiles ? C'est que l'exercice d'une servitude n'est pas une vraie possession ; la possession, d'après la vieille loi romaine, était corrélative à la propriété, considérée comme une chose corporelle ; il n'y avait donc pas de possession correspondante aux droits réels incorporels. En conséquence, l'usufruitier troublé dans sa jouissance, celui qui exerce une servitude prédiale que l'on vient contester, n'ayant pas, à l'origine, d'interdits possessoires pour protéger l'exercice de son droit, doit nécessairement prendre la voie pétitoire. Mais le préteur ne tarda pas à reconnaître une quasi-possession des servitudes et à créer des interdits quasi-possessoires pour la protéger contre le trouble ; dès lors, l'action réelle devint inutile pour protéger l'exercice des servitudes. Toutefois, par la force de

l'habitude, le titulaire de la servitude, quoique investi désormais d'un interdit, conserva la faculté de se protéger, à son choix, par la voie possessoire ou la voie pétitoire.

L'action confessoire s'exerce contre quiconque nie l'existence ou gêne l'exercice d'une servitude réelle ou personnelle. Elle s'intente, à l'origine, par l'*actio sacramenti*, plus tard, *per sponsionem* et enfin *per formulam petitoriam*. C'est incontestablement le demandeur qui doit établir l'existence de la servitude prédiale ou personnelle qu'il prétend avoir sur la chose.

L'action confessoire est arbitraire : le juge évalue, par un jugement interlocutoire, les satisfactions qu'aura à fournir le défendeur pour échapper au jugement définitif de condamnation : ces satisfactions comprennent, si la servitude est positive, l'engagement que le défendeur doit prendre de laisser le demandeur libre de faire les actes que comporte la servitude, et si elle est négative, de ne pas faire ou de détruire les ouvrages que la servitude interdit ; elles comprennent, en outre, s'il s'agit d'une servitude prédiale, la réparation du préjudice causé par le défaut d'exercice de la servitude, et, s'il s'agit d'une servitude personnelle, la restitution des fruits perçus par le défendeur.

Action négatoire. — L'action négatoire est une action réelle qui a pour objet d'établir l'inexistence d'une servitude prédiale ou personnelle. Elle peut être exercée par le propriétaire qui prétend que sa chose est libre de toute servitude, soit qu'il veuille prévenir l'exercice d'une servitude, soit qu'il veuille y mettre un terme. Comme on le voit, le propriétaire qui l'intente ne fait, en réalité, qu'invoquer la plénitude de son droit de propriété. Dans le cas où le propriétaire, jusqu'alors maître absolu de son fonds, se voit tout à coup menacé par les prétentions d'un tiers qui veut exercer des actes de servitude sur ce fonds, ne peut-il pas, sans avoir recours à l'action négatoire, protéger la possession entière de son fonds par les interdits possessoires ? Non, car l'interdit possessoire (*uti possidetis*) ne s'intente que contre une personne qui vient troubler la jouissance du propriétaire, en se prétendant elle-même propriétaire ; or, comme elle n'invoque ici

qu'un droit de servitude, le propriétaire est dans la nécessité d'intenter l'action négatoire pour réfuter la prétention de son adversaire.

L'action négatoire s'intente, à l'origine, par l'*actio sacramenti*, plus tard, *per sponsionem*, et enfin *per formulam petitoriam*. Le propriétaire doit-il, comme tout autre demandeur, prouver le bien-fondé de sa prétention, c'est-à-dire établir l'inexistence de la servitude sur sa chose, ou bien bénéficie-t-il de la présomption que la propriété est franche et quitte jusqu'à preuve contraire, de telle sorte qu'au défendeur seul incombe la charge d'établir l'existence de la servitude ? Trois opinions ont été émises :

1° Le propriétaire est tenu, comme tout demandeur, de prouver l'inexistence de la servitude ; aucun texte relatif à l'action négatoire ne déroge au principe de droit commun : *actori incumbit probatio*. Mais le demandeur trouvera dans la procédure un moyen de faciliter la preuve qui lui incombe : il demandera d'abord à son adversaire, par une *interrogatio in jure*, comment il prétend avoir acquis la servitude qu'il veut exercer ; il prouvera ensuite que jamais aucune servitude n'a été établie sur son fonds dans les circonstances indiquées par le défendeur.

2° La propriété est réputée libre de toute servitude jusqu'à preuve contraire ; c'est donc sur le défendeur que retombe la nécessité de prouver l'existence de la servitude. Cette opinion fait échec au principe que le demandeur seul doit prouver.

3° La conclusion négatoire du demandeur est-elle conforme à l'état de choses existant ; en d'autres termes, le demandeur jouit-il actuellement de la liberté complète de son droit de propriété, la servitude ne s'est-elle pas encore exercée : c'est au défendeur d'en établir l'existence. La conclusion du demandeur est-elle contraire à l'état de choses actuel ; en d'autres termes, la servitude s'exerçait-elle déjà : c'est au demandeur d'en prouver l'inexistence. Telle est l'opinion logique d'Ulpien.

L'action négatoire est arbitraire : l'*arbitrium* comprend l'engagement de ne pas entraver le plein exercice du droit du

demandeur ou de détruire les ouvrages déjà exécutés ; il comprend, en outre, s'il s'agit d'une prétendue servitude prédiale, une indemnité pour le dommage résultant de la privation de l'exercice intégral du droit de propriété, et, s'il s'agit d'une prétendue servitude personnelle, la restitution des fruits indûment perçus par le défendeur.

III. — *Pétition d'hérédité.*

La pétition d'hérédité est une action réelle civile par laquelle le demandeur prétend être héritier et réclame, en cette qualité, tous les objets dépendant d'une succession. Elle est universelle ou à titre universel, suivant que le demandeur se prétend héritier pour toute la succession ou seulement pour une quote-part. C'est la revendication du droit héréditaire ; ce droit héréditaire porte sur toutes les choses corporelles ou incorporelles de la succession.

A qui appartient la pétition d'hérédité. — Cette action compète seulement à l'héritier du droit civil qui n'est pas en possession des choses héréditaires. On ne distingue pas si le demandeur est héritier testamentaire ou légitime, et si sa vocation repose sur la loi des Douze Tables, sur un sénatus-consulte ou sur une constitution impériale.

Contre qui peut s'exercer la pétition d'hérédité. — La pétition d'hérédité ne peut s'intenter que contre deux classes de personnes : 1° contre celui qui possède *pro herede*, c'est-à-dire qui, de bonne ou de mauvaise foi, se prétend héritier ; 2° contre celui qui possède *pro possessore*, c'est-à-dire qui n'invoque aucun autre titre que le fait de sa possession, *qui interrogatus cur possideat, responsurus sit quia possideo.* Cette dernière disposition se rattache au souvenir de l'ancienne usucapion *pro herede*, qui permettait à tout possesseur de choses héréditaires de devenir héritier, après le laps d'un an. Comme ce possesseur tendait à devenir héritier, il se trouvait l'adversaire naturel de l'héritier véritable.

La pétition d'hérédité ne peut s'exercer contre le possesseur *pro emptore* ou le possesseur *pro donato*, c'est-à-dire contre celui qui prétend avoir reçu une chose du défunt en qualité

d'acheteur ou de donataire : l'héritier doit agir contre eux par la revendication ; mais ils pourront, en lui opposant l'exception *quod præjudicium hereditati non fiat*, le renvoyer à débattre d'abord son titre héréditaire avec leur auteur, vendeur ou donateur.

D'ailleurs, le défendeur à la pétition d'hérédité n'est pas nécessairement un détenteur de choses corporelles, un possesseur de fait ; il peut être un *possessor juris*, c'est-à-dire se prétendre investi d'un droit héréditaire autre qu'un droit de propriété : ainsi est *possessor juris* et, à ce titre, passible de la pétition d'hérédité, le débiteur du défunt qui refuse de payer en alléguant qu'il est lui-même héritier et qu'en conséquence la dette s'est éteinte par confusion.

Formes de la pétition d'hérédité. — Les modes de procédure ont varié suivant les époques : c'est d'abord l'*actio sacramenti*, ensuite la *sponsio*, enfin la formule pétitoire. Le demandeur a une double preuve à fournir : d'abord qu'il est héritier, ensuite que les choses qu'il réclame dépendent de l'hérédité ; mais il n'est pas tenu de prouver le droit de propriété du *de cujus* sur les objets que ce dernier a laissés dans son patrimoine.

Effets de la pétition d'hérédité. — Cette action est arbitraire : le juge, après avoir reconnu les droits de l'héritier, fixe les restitutions qu'aura à effectuer le défendeur ; cette première décision judiciaire sera suivie de la condamnation, si le défendeur n'obtempère pas à l'ordre du juge, et si l'on ne peut arriver à faire exécuter cet ordre par la force, à l'époque où l'emploi de la coërcition fut autorisé.

Les éléments des restitutions à exiger du défendeur sont déterminés par le sénatus-consulte Juventien, voté, sous Adrien, sur la proposition du consul *Juventius*. Ce sénatus-consulte pose d'abord, comme principe, que le défendeur doit restituer toutes les choses héréditaires et tous les accessoires, fruits et produits acquis à l'occasion de l'hérédité ; le droit héréditaire est une universalité qui s'accroît de tout ce qui provient de la succession : *fructus augent hereditatem*. Il s'agit, bien entendu, des fruits ou produits acquis antérieurement à la *litis contes-*

tatio ; car, pour ceux perçus depuis la *litis contestatio*, nous savons déjà que tout défendeur doit restituer tous les fruits perçus ou ceux qu'il a négligé de percevoir depuis cette époque. Après avoir établi le principe, le sénatus-consulte fait une distinction capitale entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi. Le possesseur de bonne foi doit restituer tout ce dont il s'est enrichi, les choses héréditaires, les acquisitions qui s'y rattachent, tous les fruits perçus et même la valeur des fruits consommés : *fructus augent hereditatem.* Mais il n'est pas comptable des libéralités qu'il a faites ou des fruits qu'il a négligé de percevoir, ne restitue rien au delà de son enrichissement, et ne doit compte de ses aliénations que dans la mesure du profit qu'il en a retiré. Le possesseur de mauvaise foi est tenu de rendre non seulement toutes les choses dont il s'est enrichi, mais encore celles qu'il a négligé d'acquérir et des fruits qu'il a omis de percevoir ; il répond également des valeurs dont il a disposé, qu'il ait ou non tiré profit de leur aliénation.

Comment expliquer que Justinien ait classé la pétition d'hérédité parmi les actions de bonne foi, alors que les actions réelles sont exclues de la division des actions de droit strict et de bonne foi ? La raison en est bien simple : la pétition d'hérédité, bien qu'étant une action réelle, est classée au nombre des actions de bonne foi, à raison des obligations personnelles réciproques des parties en cause, que le juge doit apprécier *ex æquo et bono*, comme dans une action de bonne foi, sans qu'il soit nécessaire d'insérer l'exception de dol dans la formule. En effet, les restitutions imposées à tout défendeur à la pétition d'hérédité peuvent être diminuées par certaines déductions provenant des dépenses faites dans l'intérêt des choses héréditaires. Le possesseur de bonne foi peut exiger que l'héritier véritable tienne compte de toutes ses impenses nécessaires, utiles ou même voluptuaires ou d'agrément ; le possesseur de mauvaise foi peut exiger intégralement la retenue des dépenses nécessaires, mais il ne peut retenir les dépenses utiles que dans les limites de la plus-value qui en résulte au profit de l'héritier, et n'a aucun droit à la restitution des dépenses voluptuaires.

Section II. — Actions in rem prétoriennes.

Les actions destinées à sanctionner les droits réels reconnus par le préteur ont été données dans le but de compléter ou de corriger la législation civile : celles données dans le but de compléter le droit civil s'offrent à nous avec le caractère d'actions fictices, celles données dans le but de corriger le droit civil avec le caractère d'actions *in factum*. Les actions fictices ne sont, sous le titre d'actions *utiles*, que l'imitation ou l'extension des actions du droit civil, autrement dit, ce sont les actions civiles étendues, pour un motif d'utilité, hors de leur cadre ordinaire d'application ; telles sont : la revendication utile accordée au propriétaire d'un fonds provincial, à l'emphytéote, au superficiaire, au créancier gagiste, les actions confessoire et négatoire utiles conférées à l'emphytéote, au superficiaire, la pétition d'hérédité utile, donnée au *bonorum possessor* (*petitio hereditatis possessoria*), ou donnée au fidéicommissaire universel (*petitio hereditatis fideicommissaria*), l'action publicienne, et les actions fictices rescisoires. Les actions *in factum* sont de création prétorienne : les plus importantes sont les actions servienne et quasi-servienne ou hypothécaire.

I. — *Action publicienne.*

L'action publicienne est une action réelle fictice, qui suppose que le demandeur, lorsqu'il a perdu la possession de la chose, avait déjà fini une usucapion, qui n'était, en réalité, que commencée. C'est une revendication prétorienne, basée sur la fiction que le demandeur a possédé la chose pendant tout le délai requis pour l'usucapion, alors qu'en réalité elle est inachevée. Le préteur délivre la formule en supposant que l'une des conditions exigées pour la revendication civile, le délai de l'usucapion, s'est réalisée. Cette action fut établie par le préteur *Publicius*, contemporain de Cicéron.

Domaine de la publicienne. — Le domaine régulier de cette action correspond exactement à la sphère d'application de l'usucapion. Elle appartient : 1° au propriétaire bonitaire, qui

peut ainsi revendiquer sa chose partout où elle se trouve, avant même que sa propriété prétorienne ait été transformée en propriété quiritaire; 2° à celui qui a acquis de bonne foi et avec juste titre une chose *à non domino*, et qui pourra ainsi récupérer la possession de cette chose et achever l'usucapion commencée. Sous Justinien, qui ne reconnaît plus qu'une seule propriété, le premier cas d'application a perdu sa raison d'être. Il convient de remarquer que, si le délai de l'usucapion est réputé accompli, le demandeur n'est pas dispensé pour cela de prouver l'existence des autres conditions qu'exige l'usucapion.

Telle est la sphère d'application normale et primitive de la publicienne. Mais la jurisprudence étendit cette action à des cas où l'usucapion est inapplicable par suite de règles arbitraires. Ainsi on permit d'exercer cette action : 1° à celui qui acquiert de bonne foi, d'un autre que le propriétaire, un fonds provincial, un droit d'emphytéose ou de superficie ; 2° à celui qui devient titulaire d'une servitude constituée par quasi-tradition ou par un *non dominus*.

Formes de la publicienne. — A raison de son origine, l'action publicienne s'intente toujours par la formule pétitoire. Elle est arbitraire et perpétuelle, quoique prétorienne, parce qu'elle est donnée à l'exemple de la revendication.

Conditions d'exercice de la publicienne. — Le demandeur, au moment de sa dépossession, devait être en voie d'usucaper, *in causâ usucapiendi*. Il en découle que : 1° le demandeur doit avoir eu la chose en sa possession, ne fût-ce qu'un instant ; 2° il doit avoir possédé en vertu d'un juste titre ; 3° il doit avoir possédé de bonne foi ; 4° il faut que la chose possédée soit susceptible d'usucapion. Mais nous avons vu que, par des considérations d'intérêt pratique, la jurisprudence avait accordé l'action publicienne au possesseur provincial, au superficiaire, à l'emphytéote, au quasi-possesseur d'une servitude, que des raisons de pure théorie écartent de l'usucapion.

Ajoutons que le propriétaire quiritaire lui-même peut intenter cette action, s'il perd la possession de la chose; mais il

faut qu'il soit *in causâ usucapiendi*. La publicienne ne lui procurera pas, comme l'eût fait la revendication, la reconnaissance judiciaire de sa propriété ; mais elle le dispensera de faire la preuve, souvent fort difficile, de sa propriété, en l'obligeant simplement à établir que la chose lui a été livrée en vertu d'un juste titre.

L'action publicienne s'intente, comme la revendication, contre tout détenteur.

Effets de la publicienne. — Pour préciser les effets de cette action, il faut se placer à un triple point de vue :

1° *Le défendeur est propriétaire quiritaire.* — Est-elle intentée contre le *dominus* qui a livré une *res mancipi* par simple tradition, la publicienne triomphe ordinairement ; car, s'il oppose l'exception tirée de son droit de propriété, *exceptio justi dominii*, le demandeur la paralysera par la *replicatio doli* ou par la *replicatio rei venditæ et traditæ* ou *rei donatæ et traditæ*. Mais ce résultat n'est pas forcé : il se pourrait, en effet, qu'à la réplique du demandeur le défendeur propriétaire opposât une *duplicatio legis Cinciæ*, fondée sur le motif qu'il a dépassé le taux fixé par la loi *Cincia*.

Est-elle intentée contre le *dominus* dont la chose a été livrée par un tiers sans droit, la publicienne échoue le plus souvent ; car, aucune réplique ne peut alors, en principe, paralyser l'*exceptio justi dominii*. Mais il en serait autrement, si le propriétaire était devenu l'héritier du *tradens* : dans ce cas, la publicienne triomphe, car le propriétaire est tenu de garantir l'acquéreur ; or celui qui doit garantir ne peut évincer : *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

Comme on le voit, le défendeur propriétaire ne peut combattre la publicienne qu'au moyen de l'*exceptio justi dominii*, qui le met dans la nécessité d'établir sa propriété. C'est un des rares cas où le possesseur ait à fournir la preuve de son droit. Le titre de propriétaire doit être opposé sous forme d'exception, parce qu'il ne contredit pas directement la prétention du demandeur.

2° *Le défendeur est un possesseur in causâ usucapiendi.* — Le débat s'engage donc entre deux possesseurs qui se trouvent

dans une situation identique. A qui doit-on donner la préférence ? Le procès a-t-il lieu entre deux acquéreurs de bonne foi *à non domino*, on donne gain de cause au plus ancien possesseur, lorsque les deux adversaires avaient reçu la chose du même auteur, et au possesseur actuel, lorsqu'ils l'ont reçue de deux auteurs différents, d'après la règle : *in pari causâ melior est causa possidentis*. Le procès a-t-il lieu entre un bonitaire et un acquéreur *à non domino*, c'est le bonitaire qui triomphe, car son droit se rapproche le plus de celui du propriétaire quiritaire.

3° *Le défendeur est un possesseur ou détenteur sans juste titre ni bonne foi.* — Dans ce cas, la publicienne réussit toujours, pourvu que le demandeur fût en voie d'usucaper au moment où il a perdu la possession.

II. — *Actions fictices rescisoires.*

Le préteur donne une action réelle fictice rescisoire dans deux cas.

Premier cas. — Le préteur rescinde une usucapion accomplie au préjudice d'une personne, et, sur la supposition fictive que cette usucapion n'a pas été accomplie, il lui rend l'action en revendication civile ou prétorienne. A l'époque classique, ce cas s'applique à deux hypothèses distinctes :

1° L'usucapion s'est achevée au profit d'une personne présente à Rome et au préjudice d'un absent pour une cause légitime, service public ou captivité. Le préteur rescinde cette usucapion par une *restitutio in integrum*, et rend à l'ancien propriétaire l'action que l'usucapion lui avait fait perdre. Cette action est appelée fictice rescisoire.

2° L'usucapion s'est accomplie au profit d'un absent et au préjudice d'une personne présente à Rome. Pour comprendre cette hypothèse, il suffit de faire remarquer qu'à l'origine, le droit civil ne donnait aucun moyen d'agir contre le défendeur absent ; par conséquent, la poursuite contre l'absent étant impossible, il ne pouvait y avoir interruption de l'usucapion. Or, l'absent pouvait avoir tout le temps d'usucaper par l'intermédiaire d'un fermier qu'il avait laissé pour cultiver son fonds.

Le préteur, pour remédier à ce résultat fâcheux, donne une action rescisoire contre l'absent dès son retour à Rome.

Cette seconde hypothèse n'existe plus sous Justinien, car l'usucapion peut être interrompue civilement contre les absents par une protestation faite devant le magistrat, l'évêque ou le *defensor civitatis*.

Comme on le voit, cette action fictice rescisoire n'a pas d'existence propre et distincte ; ce n'est que l'ancienne action réelle perdue par suite de l'usucapion et restituée sur la rescision de l'usucapion. Ce sera la revendication, si le demandeur était, avant l'usucapion accomplie à son préjudice, devenu propriétaire par la mancipation ou l'*in jure cessio* ; ce sera la publicienne, si le demandeur n'était que possesseur *in causâ usucapiendi*. C'est à tort qu'on a appelé cette action rescisoire fictice *contre-publicienne* ; car la publicienne suppose accompli seulement le délai requis pour usucaper, tandis que l'action rescisoire suppose non accomplie l'usucapion toute entière.

Second cas. — Le préteur donne une action rescisoire, à la suite d'une *restitutio in integrum*, aux créanciers dont le débiteur aliène, en fraude de leurs droits, un bien de son patrimoine: l'acte accompli est rescindé, la chose est censée n'être jamais sortie du patrimoine du débiteur, et les créanciers peuvent la revendiquer. Cette action fictice rescisoire n'est, comme la première, qu'une application de la *restitutio in integrum*.

Section III. — Actions in personam civiles et prétoriennes.

Examiner spécialement chacune des actions personnelles, ce serait refaire la théorie des obligations ; car, en étudiant les sources civiles des obligations, contrats, quasi-contrats, vol, injure et loi *Aquilia*, ou les sources prétoriennes des obligations, *rapina*, quasi-délits, nous avons nécessairement étudié en même temps les actions personnelles civiles ou prétoriennes qui sanctionnent ces diverses obligations, *condictio*, actions *empti*, *venditi*, *locati*, *conducti*, *pro socio*, *mandati*, *depositi*, *commodati*, *pigneratitia*, *præscriptis verbis*, *rei uxoriæ*, *negotiorum gestorum*, *furti nec manifesti*, *injuriarum*, *legis Aquiliæ*, *vi bonorum raptorum*, *furti manifesti*, action *in factum* contre le juge

prévaricateur, actions *de effusis*, *de positis*, *de suspensis*. Nous avons étudié également, parmi les actions personnelles prétoriennes, l'action paulienne, l'action *de pecuniâ constitutâ*, l'action *de jurejurando*, les actions *quod jussu*, *exercitoria*, *institoria*, *tributoria*, *de peculio*, *de in rem verso ;* nous étudierons les actions *de dolo* et *quod metûs causâ* parmi les actions arbitraires. Ajoutons à cette énumération des actions personnelles prétoriennes : l'action *de albo corrupto*, donnée contre celui qui dégrade l'affiche de l'édit, et l'action donnée contre celui qui cite en justice son ascendant ou son patron sans la permission du magistrat. Ces deux actions sont pénales.

Section IV. — Actions mixtes « tam in rem quam in personam ».

Considérée dans sa nature juridique, une action ne peut être à la fois réelle et personnelle. Il peut arriver, sans doute, qu'on soit en même temps propriétaire et créancier de la même chose, comme dans le dépôt ou le louage ; mais on est alors nanti de droits distincts, qui s'exercent par des actions également distinctes. Si nous envisageons les trois actions divisoires au point de vue de leur nature intime, nous voyons qu'elles sont purement personnelles : en effet, elles trouvent leur cause dans l'obligation quasi-contractuelle de sortir de l'indivision ou de consentir au bornage ; le droit réel de propriété ou d'hérédité, loin d'y faire l'objet du débat, s'y trouve nécessairement présupposé ; s'il était contesté, les parties devraient trancher préalablement cette contestation par un *præjudicium*.

Au point de vue de la rédaction de la formule, comme sous le rapport de la nature du droit, il ne peut y avoir une action qui soit tout ensemble *in rem* et *in personam ;* car l'*intentio* contient ou ne contient pas le nom du défendeur ; il n'y a pas de milieu.

Quelle est donc la signification de ces mots : *tàm in rem quàm in personam ?* A la différences des autres actions, les trois actions divisoires ont, dans leur formule, outre l'*intentio*, une autre partie essentielle, l'*adjudicatio*, qui leur est exclusivement

propre ; or, tandis que leur *intentio* est *in personam*, parce qu'elle énonce le nom du défendeur poursuivi, leur *adjudicatio* est *in rem*, parce qu'elle donne au juge le pouvoir, indépendant de la personne des plaideurs, de transférer la propriété comme d'établir un droit de créance en imposant des soultes. Mais il faut bien reconnaître que ce n'est là qu'une assimilation assez vague avec l'action réelle ; car le juge de l'action réelle ne fait que constater le droit invoqué par le demandeur, mais il ne le crée pas.

Dans les actions divisoires, chaque partie joue dans le débat à la fois le rôle de demandeur et de défendeur. Le juge y peut condamner l'un ou l'autre des plaideurs, à raison des obligations réciproques dont il doit tenir compte. Le demandeur est toujours, d'ailleurs, celui qui prend l'initiative ; il doit, par suite, proposer le premier ses moyens de preuve.

Action finium regundorum. — L'action en bornage remonte à la loi des Douze Tables : elle suppose deux propriétaires de fonds limitrophes, dont l'un veut mettre fin, soit à la confusion des limites, soit à l'usurpation d'une partie de son terrain. Elle appartient au propriétaire, et se donne, en qualité d'utile, à l'emphytéote, à l'usufruitier et au créancier gagiste. Le juge s'y fait assister d'experts ou géomètres. L'obligation du bornage est perpétuelle ; mais le recouvrement des parcelles usurpées est prescriptible par trente ans.

L'action en bornage est arbitraire : le juge peut, en effet, ordonner à l'un des plaideurs de restituer ce qu'il a pris, sous peine de condamnation. Notons, à cet égard, que l'auteur d'un déplacement frauduleux de bornes pouvait être poursuivi civilement par une action populaire, *de termino moto*.

En outre, grâce à l'*adjudicatio*, le juge peut, pour établir une limite plus saillante et plus fixe, adjuger ou attribuer à l'une des parties, moyennant une indemnité. une parcelle de la propriété de l'autre.

Action en partage, familiæ erciscundæ, communi dividundo. — L'action en partage suppose que, parmi deux ou plusieurs personnes se trouvant dans l'indivision, l'une d'elles rencontre des résistances pour en sortir, ou que, si elles sont

d'accord pour procéder au partage, elles ne s'entendent pas, soit sur la composition des lots, soit sur les comptes réciproques que fait naître la gestion des choses communes. Cette action s'appelle *familiæ erciscundæ*, lorsque les copropriétaires sont en même temps des cohéritiers ; elle se donne aux héritiers civils, prétoriens ou fidéicommissaires, et suppose reconnue la qualité d'héritier. Elle s'appelle *communi dividundo*, lorsque l'indivision a sa source dans une société, une communauté d'intérêts ou dans tout autre droit de copropriété ne résultant pas d'une succession. Tandis que l'action *familiæ erciscundæ* ne peut s'intenter qu'une seule fois entre les mêmes personnes, sur la même hérédité, l'action *communi dividundo* peut s'exercer plusieurs fois, tant qu'il y a un partage à opérer. Si certains biens héréditaires ont été omis, les cohéritiers ne pourront recourir qu'à l'action *communi dividundo* pour le supplément de partage. Les deux actions en partage se distinguent des autres actions par l'*adjudicatio*, clause qui permet au juge d'ouvrir des enchères, d'y admettre les étrangers, de composer et d'adjuger librement les lots aux parties, d'attribuer à chacun des communistes une chose entière ou une parcelle déterminée dans chacun des objets communs, de donner à l'un la nue propriété, à l'autre l'usufruit, d'imposer un paiement de soultes à celle des parties qui obtient un lot supérieur à celui de ses copartageants, et même, dans le cas où la division est impossible, d'adjuger toute la chose à l'un des copartageants, à charge par lui de payer une indemnité aux autres. Le juge doit statuer également sur les comptes respectifs des parties à l'occasion des choses communes.

Section V. — Actions préjudicielles

Les actions préjudicielles ou *præjudicia*, qu'il ne faut pas confondre avec les exceptions qui portent le même nom, sont celles qui tendent à faire établir judiciairement l'existence d'un fait ou d'une qualité, dont la constatation préalable importe à la solution d'une autre question, qui fera l'objet d'un procès ultérieur. Leur formule est composée seulement d'une

intentio. Les *præjudicia* se réfèrent à des questions d'intérêt pécuniaire ou à des questions d'état.

Præjudicia relatifs à un intérêt pécuniaire. — On peut citer, à titre d'exemples :

1° Le *præjudicium an ex lege prædictum sit*, action que l'*adpromissor* peut exercer contre le créancier, qui n'a pas déclaré, comme le veut la loi *Cicéréia*, le nombre des cautions qu'il allait recevoir et l'objet de leur engagement. Le succès de cette action entraînait sa libération.

2° Le *præjudicium quanta dos sit*, action qui a pour but de faire fixer le chiffre d'une dot, qu'on a constituée, en promettant de la fixer ultérieurement : le futur mari peut avoir intérêt à connaître ce chiffre, notamment, pour entreprendre une exploitation ou ouvrir un commerce.

Præjudicia relatifs à l'état des personnes. — Les actions relatives à des questions d'état sont : le *præjudicium de libertate*, qui porte sur la question de savoir si telle personne est libre ou esclave ; le *præjudicium de libertinitate*, sur celle de savoir si telle personne est ingénue ou affranchie ; le *præjudicium de civitate*, sur celle de savoir si telle personne a la cité romaine ; le *præjudicium de partu agnoscendo*, sur celle de savoir si telle femme est accouchée, si elle a conçu en état de mariage et si le mari est le père de l'enfant ; les *præjudicia* relatifs à la qualité contestée de fils de famille, d'agnat, de cognat, d'époux.

Le *præjudicium de libertate* est appelé *vindicatio in libertatem*, lorsqu'on prétend qu'un tel est libre, et *vindicatio in servitutem*, lorsqu'un tiers revendique comme esclave une personne qui jusqu'alors a vécu libre. Sous le système des actions de la loi, ces deux sortes de revendication avaient lieu dans la forme du *sacramentum ;* mais la personne dont l'état est en litige doit jouir de la liberté de fait jusqu'à la fin du procès ; c'est pour avoir violé cette règle, en remettant Virginie, dont il était amoureux, en la possession de l'une de ses créatures, qu'Appius Claudius provoqua la chute des Décemvirs. En outre, comme la personne dont l'état était en jeu ne pouvait plaider elle-même, il fallait que sa cause fût soutenue par un citoyen, qui se portait le défenseur de la liberté, *assertor libertatis*. Après la dispari-

tion des actions de la loi, la *vindicatio in servitutem* se poursuit, comme une action réelle, *per sponsionem* ou *per formulam petitoriam ;* mais la *vindicatio in libertatem* devient une action préjudicielle sans *condemnatio*. L'*assertor libertatis* et la liberté provisoire sont maintenus. Mais la sentence rendue en faveur de la liberté est définitive ; celle prononcée en faveur de la servitude ne l'est qu'après trois décisions successives et conformes. Sous Justinien, l'*assertor libertatis* est supprimé, l'intéressé peut figurer dans l'instance, et la sentence rendue pour ou contre la liberté ne peut être réformée que par la voie de l'appel.

Dans le *præjudicium de libertinitate*, la preuve de l'ingénuité ou de l'affranchissement est à la charge de celui qui les allègue.

La question relative à l'état d'une personne ne pouvait être soulevée après sa mort, si ce n'est à titre de question incidente et nécessaire pour la solution d'une autre question principale. Mais, sous l'Empire, cette règle est modifiée en ce sens que l'état d'une personne ne peut jamais, même incidemment, être contesté, cinq ans après la mort, à moins qu'il ne s'agisse de lui donner une condition plus favorable.

La qualité qui doit résulter du *præjudicium* doit être établie contre un contradicteur légitime ; sinon, la sentence serait nulle. De plus, si le contradicteur a mis de la complaisance dans le procès, il est permis à toute personne de dénoncer la fraude.

Section VI. — Actions reipersécutoires, pénales et mixtes

L'action est *rei persecutoria*, lorsqu'elle a pour but de procurer au demandeur son bien ou l'équivalent, recouvrement d'une chose, paiement d'une dette, sans appauvrir le défendeur ; *pœnæ persecutoria*, lorsqu'elle a pour but d'infliger au défendeur au profit du demandeur une peine pécuniaire ; et *mixte*, *tàm rei quam pœnæ persecutoria*, lorsqu'elle a pour but à la fois de procurer au demandeur son bien ou l'équivalent et d'infliger au défendeur une peine pécuniaire qui profite au demandeur.

Sont reipersécutoires : les actions réelles, et les actions personnelles naissant des contrats, quasi-contrats, pactes légitimes ou prétoriens.

Sont pénales : les actions naissant des délits de vol, d'injure, l'action de dol. Les actions pénales sont dites *bilatérales*, lorsqu'elles appauvrissent le défendeur en enrichissant le demandeur, et *unilatérales*, lorsqu'elles appauvrissent le défendeur sans enrichir le demandeur : sont bilatérales, notamment, l'action *furti* et l'*actio injuriarum* ; est unilatérale, notamment, l'action de dol. Il y a lieu de remarquer que cette action pénale *de dolo* ne naît que du dol commis en dehors d'un contrat ou quasi-contrat préexistant.

Sont mixtes : les actions qui croissent au double en cas de dénégation du défendeur, l'action *vi bonorum raptorum*, l'action de la loi *Aquilia*. Cette dernière l'est dans un double sens : car la condamnation croît au double contre le défendeur qui a nié faussement, et lors même qu'elle se maintient au simple, elle représente, non le dommage éprouvé, mais la plus haute valeur que la chose a eue dans l'année ou le mois.

Cette division présente trois intérêts pratiques :

1° L'action reipersécutoire est transmissible activement et passivement ; l'action pénale est transmissible activement au profit des héritiers de la victime du délit, à l'exception de l'action d'injure, parce qu'elle est inspirée par l'idée de vengeance ; mais l'action pénale est intransmissible passivement contre les héritiers du délinquant. Ces héritiers ne sont tenus que de restituer le bénéfice qu'ils ont recueilli du délit et sont passibles, de ce chef, d'une action *in factum*. L'action mixte est également transmissible activement ; elle n'est intransmissible passivement que pour ce qui excède la *rei persecutio*. La *litis contestatio* attache la transmissibilité aux actions intransmissibles de leur nature.

2° Les actions reipersécutoires se donnent *de peculio* contre un chef de famille à raison des engagements consentis par l'*alieni juris* ; les actions pénales ou mixtes se donnent contre lui *noxaliter*.

3° La satisfaction fournie par l'une de plusieurs personnes

passibles d'une même action reipersécutoire les libère toutes; l'action pénale est toujours intentée pour le tout contre chacun des codélinquants, et l'acquittement de la peine par l'un des débiteurs n'empêche pas les autres d'être tenus *in solidum*.

4° Dans le cas de concours de deux actions reipersécutoires, le cumul est impossible, car l'intérêt que doivent satisfaire les deux actions est le même ; dans le cas de concours d'une action reipersécutoire et d'une action pénale, le cumul est admis, car le but des deux actions est différent ; dans le cas de concours d'une action reipersécutoire et d'une action mixte, par exemple, de l'action *commodati* et de l'action de la loi *Aquilia*, on peut, après avoir exercé la première action, obtenir par la seconde ce qu'elle a de plus avantageux que la précédente ; dans le cas de concours de deux actions pénales ou mixtes, le cumul est possible, en principe ; mais si un fait délictueux était classé sous deux noms différents, comme le *furtum* et la *rapina*, on ne pourrait intenter la seconde action que pour le surplus de profit qu'on en retirerait.

Section VII. — Actions au simple, au double, au triple et au quadruple

Le simple ou l'unité, c'est la valeur réclamée dans l'*intentio* par le demandeur. L'action est au double, au triple ou au quadruple. suivant que la *condemnatio* confère au juge la mission de doubler, tripler ou quadrupler la valeur portée dans l'*intentio*.

Sont données au simple les actions reipersécutoires, sans en excepter l'action *ex stipulatu duplæ* ; car l'acheteur a stipulé le double du prix pour le cas d'éviction, et c'est ce double qui est réclamé dans l'*intentio* et reproduit dans la *condemnatio ;* sont également au simple les actions pénales d'injure et *de sepulcro violato*.

Parmi les actions au double, les unes le sont par leur nature même, comme les actions *furti nec manifesti*, *de tigno juncto*, *servi corrupti ;* les autres, données d'abord au simple, croissent au double quand le défendeur est condamné après sa dénéga-

tion ; ce sont les actions *judicati*, *depensi*, l'action de la loi *Aquilia*, la *condictio ex testamento* et l'action de dépôt nécessaire.

Les actions au triple sont, dans l'ancien droit, les actions *furti oblati* et *furti concepti*, sous Justinien, la *condictio ex lege*, par laquelle on poursuit le triple du préjudice causé par la *plus petitio re, causâ* et *loco*.

Les actions au quadruple sont : les actions *furti manifesti*, *furti prohibiti*, *furti non exhibiti*, *vi bonorum raptorum*, la *condictio ex lege* contre l'huissier qui exige un salaire trop élevé, l'action *quod metûs causâ*.

Section VIII. — Actions arbitraires

Caractères juridiques de l'action arbitraire. — L'action arbitraire est celle où le juge, après avoir reconnu fondée la prétention du demandeur, ordonne au défendeur de lui donner telle ou telle satisfaction, sous peine de condamnation. L'utilité de ce pouvoir conféré au juge se conçoit aisément sous la procédure formulaire, alors que toute condamnation est pécuniaire ; cette procédure présentait des inconvénients, quand il s'agissait de procès de droits réels. Ce pouvoir donné au juge résulte d'une clause spéciale insérée dans la formule, ordinairement dans les termes suivants : *nisi restituat*, *nisi exhibeat*, *nisi solvat*. Cette clause rend la condamnation conditionnelle, car le juge ne pourra condamner le défendeur que s'il refuse de fournir la satisfaction déterminée.

Comment le juge fixe-t-il la satisfaction à donner par le défendeur, s'il veut échapper à la condamnation ? Cette satisfaction est fixée dans un interlocutoire préalable, qui s'appelle *arbitrium*, et où le juge statue d'après l'équité, *ex æquo et bono*, sans que pour cela l'action devienne nécessairement de bonne foi, lorsqu'elle n'a pas ce caractère dès le principe. Lorsqu'un délai paraît nécessaire pour exécuter la satisfaction, l'équité permet au juge de l'accorder. La satisfaction enjointe par le juge varie suivant les différentes actions : c'est la restitution, l'exhibition, le paiement.

A l'origine, la seule conséquence du défaut d'accomplissement de l'*arbitrium* fut la condamnation pécuniaire ; mais, de bonne heure, la coërcition remplaça la simple menace d'une condamnation, toutes les fois que l'*arbitrium* pouvait être exécuté. L'emploi de la force publique, l'exécution *manu militari*, avait l'avantage de faire récupérer au demandeur l'objet même de sa réclamation ; en outre, si l'*arbitrium* n'avait eu d'autre sanction qu'une peine pécuniaire, un voleur eût été maître de garder la chose soustraite, et son insolvabilité eût obligé le propriétaire de la chose à la faire vendre pour s'indemniser du préjudice subi. Mais il y a des cas où l'exécution forcée est impossible, par exemple, quand il s'agit d'accomplir un acte juridique qui ne peut être exécuté que par la volonté de la personne, notamment, la retranslation de la propriété usucapée *inter moras litis* : en présence de cet obstacle de droit, qui défie la force matérielle, la condamnation pécuniaire devient inévitable. Le montant de cette condamnation est fixé tantôt d'après l'appréciation du juge, tantôt d'après le *juramentum in litem* du demandeur.

Sous la procédure extraordinaire, l'action arbitraire a perdu sa principale raison d'être, puisque la sentence porte désormais sur la chose réclamée.

Quelles actions sont arbitraires. — Sont arbitraires d'abord toutes les actions *in rem* : l'*arbitrium* y a toujours pour objet principal la restitution de la chose litigieuse, excepté dans l'action hypothécaire, où le juge ordonne au défendeur de payer ou de restituer, s'il ne veut être condamné à la valeur de la chose. En second lieu, parmi les actions personnelles, quelques-unes ont toujours le caractère arbitraire : ce sont les actions civiles *ad exhibendum* et *finium regundorum* et les actions prétoriennes *de dolo*, *quod metûs causâ*, *de eo quod certo loco*, et l'action paulienne ; dans cette dernière, la satisfaction ordonnée par l'*arbitrium* consiste dans la réparation du préjudice causé aux créanciers. En outre, les actions de bonne foi peuvent être parfois arbitraires : c'est lorsque, suivant les circonstances, le juge estime qu'il y a lieu d'ordonner une restitution ou une exhibition : c'est ainsi que les actions directes

de commodat, de dépôt et de gage peuvent être arbitraires. Mais la nature des actions de droit strict répugne au caractère arbitraire.

Action ad exhibendum. — Cette action, qui remonte à la loi des Douze Tables, compète à quiconque justifie d'un intérêt à l'exhibition d'une chose mobilière ; son but ordinaire est d'ouvrir la voie à la revendication, à l'action hypothécaire, à l'action noxale. Elle s'intente contre tout détenteur, auquel le juge dit : *Exhibez, sinon vous serez condamné.* Si l'ordre d'exhiber n'est pas accompli, le défendeur est condamné sur le *juramentum* du demandeur.

Action de dolo. — Le droit civil ne réprimait pas le dol : une personne pouvait impunément pratiquer des ruses, supercheries ou machinations envers une autre pour l'amener à conclure un acte préjudiciable pour elle ; pourvu que le consentement de la victime fût revêtu des formes légales, le droit civil le considérait comme juridiquement efficace ; la personne lésée n'avait qu'à s'en prendre à elle-même de sa crédulité : *deceptus voluit, sed voluit.* Mais le préteur *Aquilius Gallus* vint sanctionner un principe d'équité méconnu par le droit civil, en créant l'action de dol, arme puissante et flexible, qui eut pour objet d'atteindre et de réprimer les actes dolosifs et d'empêcher l'enrichissement qui en résultait. L'action de dol suppose que l'acte ou l'obligation consentis sous l'empire du dol ont déjà reçu leur exécution. Elle a le caractère pénal, parce qu'elle nait d'un délit, et entraine l'infamie contre le condamné : aussi n'est-elle accordée que comme une ressource suprême, à défaut de toute autre action. En outre, elle est arbitraire et se donne au simple : l'*arbitrium* fixera la satisfaction à fournir par le défendeur en réparation du préjudice causé ; et si le défendeur n'exécute pas, il sera condamné à payer le montant de ce préjudice.

L'action de dol est transmissible activement, mais elle est intransmissible passivement, c'est-à-dire contre les héritiers de l'auteur du dol. Ceux-ci ne sont tenus que d'une action *in factum* qui se limite à leur enrichissement. Ajoutons que l'action de dol perd son caractère infamant et se réduit à la me-

sure de l'enrichissement après l'expiration d'une année utile.

A côté de l'action de dol, le préteur avait créé l'exception de dol : cette voie de droit permettait, notamment, au débiteur de repousser l'action du créancier, dans tous les cas où l'obligation contractée sous l'empire du dol n'avait pas encore reçu son exécution, par exemple, lorsque la vente extorquée par fraude n'avait pas encore été suivie de tradition. L'*exceptio doli* est également intransmissible contre les héritiers de l'auteur du dol.

La *restitutio in integrum* complète le système de protection en faveur des victimes du dol.

Action quod metûs causâ. — La législation civile ne tenait pas compte de la crainte (*metus*), inspirée par la menace ou la violence, qui avait amené une personne à consentir un acte juridique d'aliénation, d'obligation ou de libération. Pourvu que l'acte fût accompagné des formes requises, la personne lésée devait supporter les conséquences de sa faiblesse : *coactus voluit, sed voluit*. Mais le préteur se fit ici encore le champion de l'équité : il créa l'action *quod metûs causâ*, dans le but de permettre à la personne qui a agi sous l'empire de la crainte, provenant d'une menace ou d'une violence, de demander réparation du préjudice qu'elle a subi. On ne tient compte que de la crainte que peut inspirer une menace ou violence illicite et sérieuse, telle qu'une menace de mort ou de supplices, Peu importe, d'ailleurs, que l'on tremble pour soi-même ou pour les siens.

L'action *quod metûs causâ* a le caractère pénal, parce qu'elle naît d'un délit ; mais elle n'est ni infamante ni subsidiaire. En outre, elle est arbitraire et tend au quadruple : si le défendeur n'obéit pas à l'*arbitrium* en fournissant la satisfaction fixée pour la réparation du dommage causé par la violence, il sera condamné au quadruple du montant de ce préjudice.

L'action *quod metûs causâ* passe aux héritiers de la victime de la violence ; mais, à la différence de l'action de dol, elle est aussi transmissible passivement contre toute personne qui en a profité même de bonne foi. Ainsi, un créancier fait acceptilation au fidéjusseur, sous la pression de ses menaces ; le

débiteur principal est libéré du même coup ; mais le créancier est libre de poursuivre, à son choix, par l'action *quod metûs causâ*, le fidéjusseur ou le débiteur principal. Cette différence avec l'action *de dolo* vient de ce que la violence est un vice du consentement plus grave que le dol et que la victime de la violence cède à la force, tandis que celui qui se laisse tromper fait preuve d'un défaut de prudence et de précaution, dont les conséquences ne doivent peser que sur lui-même, et non sur des tiers de bonne foi. Cette distinction a son influence sur la rédaction de la formule : l'*intentio* de l'action personnelle *quod metûs causâ* ne contient pas le nom du défendeur ; elle est conçue en termes impersonnels, *in rem concepta ; l'intentio* de l'action *de dolo* mentionne, au contraire, le nom du défendeur.

L'action *quod metûs causâ* perd sa rigueur après l'année ; elle n'est plus alors donnée qu'au simple.

A côté de l'action *quod metûs causâ*, il y avait une exception *quod metûs causâ*, que le préteur accordait au défendeur qui prétendait que l'acte ou l'obligation non encore exécutés avaient été consentis sous l'empire de la contrainte physique ou morale : le défendeur peut ainsi repousser le demandeur qui se prévaut du droit civil strict. L'exception *quod metûs causâ* est ouverte même contre les héritiers de l'auteur de la violence.

Quand ni l'action ni l'exception *quod metûs causâ* ne suffisent à protéger efficacement la victime de la violence, celle-ci peut recourir à la ressource suprême de la *restitutio in integrum*.

Section IX. — Actions de droit strict et de bonne foi.

La division des actions en *judicia stricti juris* et *judiia bonæ fidei* ne comprend que les actions personnelles et civiles, *in personam et conceptæ in jus*. Sont donc exclues de cette division : 1° les actions réelles ; 2° les actions *conceptæ in factum*, d'origine prétorienne ; mais, en pratique, ces actions étaient ordinairement traitées comme des actions de bonne foi ; 3° les *cognitiones extra ordinem* : le magistrat, qui

les jugeait, n'était pas lié par une formule. Sous l'influence des préteurs et des jurisconsultes, le caractère de bonne foi tendit à prédominer de plus en plus dans les actions : ainsi on alla jusqu'à admettre qu'il suffisait d'ajouter le mot *recté* dans un contrat de droit strict pour transformer le *judicium stricti juris* en *judicium bonæ fidei* : *recté verbum pro viri boni arbitrio est*. Sous l'Empire, la prépondérance du caractère de bonne foi sur le caractère de droit strict est saillante : désormais l'équité prévaut sur la rigueur du droit pur.

Actions de droit strict. — On appelle action de droit strict toute action, née d'un contrat ou d'un quasi-contrat unilatéral, dans laquel le le juge doit, en l'absence de l'exception de dol insérée dans la formule, condamner le défendeur à payer au demandeur, dont la prétention est fondée, la somme fixée dans l'*intentio* ou l'estimation exacte du litige, sans se préoccuper de considérations étrangères à la loi civile. Le nom qui sert à qualifier l'action de droit strict est la *condictio*. L'action de droit strict a pour trait saillant de sanctionner une obligation civile et unilatérale provenant de certains contrats ou quasi-contrats ; les obligations civiles et unilatérales naissant de certains délits, comme le *furtum* et le *damnum legis Aquiliæ*, ne sont pas, à proprement parler, de droit strict, bien qu'en pratique les rigueurs de la procédure *stricti juris* soient naturellement applicables aux faits délictueux. L'action de droit strict se confond donc avec la *condictio*. Nous avons vu la *condictio* parmi les actions de la loi : créée par la loi *Silia*, pour les procès relatifs aux obligations de transférer en propriété une somme d'argent déterminée, elle fut étendue par la loi *Calpurnia* aux procès relatifs aux obligations de transférer en propriété un corps certain ; le jour où la procédure formulaire eût détrôné le système des actions de la loi, le nom de *condictio* resta pour désigner les obligations personnelles de droit strict.

Les *condictiones* naissent de tout acte juridique engendrant une obligation unilatérale : 1° des contrats formés *verbis* ou *litteris*, et du *mutuum* ; 2° des pactes légitimes, dot ou donation entre-vifs (*condictio ex lege*) ; 3° de certains quasi-

contrats, tels que l'acceptation d'une hérédité (*condictio ex testamento* au profit des légataires *per damnationem*), l'enrichissement sans cause du défendeur au détriment du demandeur (*condictio sine causâ*, *indebiti*, *ex pœnitentiâ*, *ob rem dati*, *ob turpem causam*) ; 4° des cas où une personne, en traitant avec un mandataire naturel ou conventionnel, a suivi la foi du mandant ou que celui-ci a profité de l'acte intervenu : c'est ainsi que le maître qui donne l'ordre de contracter ou qui s'enrichit s'oblige *quasi ex contractu* et est passible de la *condictio* ; 5° des cas où la *condictio* remplace la revendication, parce que la chose a péri et que la valeur doit néanmoins en être rendue (*condictio furtiva*).

Au point de vue de leur objet, les *condictiones* se divisent en quatre classes :

1° La *condictio certæ pecuniæ*, qui a pour objet la *datio* d'une somme d'argent déterminée : son *intentio*, portant sur une valeur déterminée, était *certa* et exposait le demandeur au danger de la *plus petitio*.

2° La *condictio de aliâ certâ re*, qui a pour objet la *datio* d'une chose déterminée autre qu'une somme d'argent ; son *intentio* était également *certa*.

3° La *condictio incerti*, qui a pour objet toute *datio* qui ne rentre pas dans les deux classes précédentes et, en outre, les faits mis *in obligatione*. Cette espèce de *condictio* est désignée souvent par le mot *actio*, suivi de sa cause génératrice : *actio ex stipulatu*. Son *intentio* était *incerta*.

4° La *condictio triticaria*, qui s'appliqua tout d'abord aux dettes de froment, et qui finit par se généraliser et comprendre toute *condictio certi* ou *incerti* autre que celle ayant pour objet une somme d'argent déterminée.

Actions de bonne foi. — On appelle action de bonne foi toute action, née d'un contrat ou quasi-contrat synallagmatique parfait ou imparfait, dans laquelle le juge peut statuer suivant l'équité, d'après les circonstances du procès, et en tenant compte des réclamations connexes du défendeur. L'*intentio* en est indéterminée, *incerta*, et suivie des mots *ex æquo et bono*, *ex bonâ fide*, *æquius melius*. Le juge puise dans la formule la plus

grande latitude pour apprécier d'après l'équité les prétentions respectives des parties.

Les *judicia bonæ fidei* sont : les actions naissant de certains contrats réels, *depositi*, *commodati*, *pigneratitia* ; les actions naissant des contrats consensuels, *empti*, *venditi*, *locati*, *conducti*, *pro socio*, *mandati* ; les actions quasi-contractuelles *tutelæ*, *negotiorum gestorum*, *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo* ; l'action *prescriptis verbis* pour les contrats innomés, l'action *rei uxoriæ*.

Intérêts pratiques de la division en actions stricti juris et bonæ fidei. — L'action de droit strict impose au juge l'obligation de statuer rigoureusement d'après le droit civil et les termes de la formule ; l'action de bonne foi lui permet de tenir compte dans son appréciation des exigences de l'équité. Cétte différence engendre un grand nombre d'intérêts pratiques, dont voici les plus importants :

1° L'exception de dol n'est jamais sous-entendue dans les *judicia stricti juris* : le juge n'a pas à se préocuper de la bonne ou de la mauvaise foi des parties ; il n'en est autrement que lorsque l'exception de dol est formellement insérée dans la formule. L'exception de dol est, au contraire, toujours sous-entendue dans les *judicia bonæ fidei* ; car le dol jure avec la bonne foi, et le juge doit le réprimer sous toutes ses formes et tenir compte dans sa sentence du préjudice causé par l'un des plaideurs à l'autre.

2° Dans les actions de droit strict, le juge ne peut tenir compte que d'un intérêt ou valeur pécuniaire ; dans les actions de bonne foi, il peut prendre en considération un simple intérêt d'affection : *placuit in bonæ fidei judiciis affectûs rationem habendam.*

3° Dans les actions de droit strict, le juge n'a qu'à examiner si l'*intentio* est fondée ; dans les actions de bonne foi, il tient compte des obligations réciproques existant entre les parties pour les compenser. Mais Marc-Aurèle autorisa le juge à tenir compte de la compensation dans les actions de droit strict, pourvu que le défendeur eût fait insérer l'exception de dol dans la formule.

4o Le débiteur passible d'une action de droit strict ne répond que de sa faute *in committendo* ; le débiteur tenu d'une action de bonne foi répond même de sa faute *in omittendo.*

5o Dans les actions de droit strict, l'élément solennel ou réel qui constitue l'acte juridique est seul à considérer ; dans les actions de bonne foi, le juge a la faculté de suppléer à l'insuffisance des clauses contractuelles par les clauses d'usage du pays où l'acte a eu lieu.

6o Dans les actions de droit strict, le juge, ne pouvant dépasser la lettre du contrat, ne peut accorder au demandeur plus qu'il n'est compris dans sa demande, c'est-à dire les fruits et intérêts ; les fruits ne sont dus, en principe, qu'à partir de la *litis contestatio ;* les intérêts moratoires ne sont jamais dus. Dans les actions de bonne foi, le retard dans l'exécution *(mora)* rend toujours le débiteur comptable des fruits et fait courir les intérêts.

Section X. — Actions perpétuelles ou temporaires.

Il faut distinguer, au point de vue de la durée des actions, l'action exercée ou instance engagée et l'action à mettre en exercice ou droit d'agir.

Durée de l'instance. — Nous avons vu que la *litis contestatio* attache le caractère de perpétuité et de transmissibilité active et passive aux actions temporaires ou intransmissibles : *omnes actiones, quæ tempore aut morte pereunt, semel inclusœ judicio, salvœ permanent.* Mais la loi *Julia judiciaria* vint mettre un terme à la durée des instances judiciaires, qu'elle partagea en deux classes : *judicia legitima* et *judicia imperio continentia.*

Les *judicia legitima* sont les instances engagées à Rome ou dans un mille autour de Rome, entre citoyens romains et devant l'*unus judex* également citoyen. Ces instances doivent être jugées dans les dix-huit mois ; passé ce délai, elles sont périmées.

Les *judicia imperio continentia* sont les instances qui manquent de l'une des trois conditions précitées. Ces instances ne survivent pas aux pouvoirs du magistrat qui a délivré la

formule. Or, comme la plupart des magistratures sont annales, ces instances s'éteignent ordinairement par le laps d'un an.

Cette division des instances s'applique à toutes les actions tant prétoriennes que civiles; les actions prétoriennes peuvent constituer des *judicia legitima*, et les actions civiles des *judicia imperio continentia*.

Cette distinction artificielle est difficilement explicable. Peut-être est-elle basée sur cette espèce d'influence privilégiée que les Romains attachaient aux actes juridiques dont le sol sacré de Rome était le théâtre.

L'expiration du délai fixé pour la sentence éteint l'instance; nous savons déjà que la *litis contestatio* éteint l'action : il résulte de ces deux effets combinés de la péremption d'instance et de la *litis contestatio* que l'instance et l'action sont à la fois éteintes. Mais on admet que le défendeur, quoique à l'abri de toute poursuite, reste tenu d'une obligation naturelle.

Sous Justinien, il n'y a plus qu'une seule nature d'instance; ce prince décide que toute instance est éteinte par la discontinuation de poursuite pendant trois ans : *ne lites fiant pene immortales et vitæ hominum modum excedant*. La péremption d'instance n'est plus accompagnée de la perte de l'action.

Durée de l'action ou du droit d'agir. — Pour la durée du droit de poursuivre, il faut distinguer deux périodes : l'époque classique et l'époque du Bas-Empire.

Epoque classique. — Pendant la période classique, les actions sont perpétuelles ou temporaires : les premières ont une durée illimitée ; les secondes ne peuvent être exercées que pendant une année, qui est tantôt utile, tantôt continue. L'année utile était un délai variable, où l'on comptait seulement les jours où siégeait le magistrat. En thèse générale, les actions civiles, c'est-à-dire résultant d'une loi, d'un sénatus-consulte, d'une constitution ou de la coutume, sont perpétuelles, et les actions prétoriennes sont annales, comme l'édit prétorien. Par exception, certaines actions civiles ont une durée limitée : telles sont la *querela testamenti inofficiosi*, qui s'éteignait après cinq ans, l'action d'injures, qui ne durait qu'un an ; d'autre part, certaines actions prétoriennes sont perpétuelles : telles

sont l'action publicienne, l'action hypothécaire, les actions héréditaires données au *bonorum possessor*, au fidéicommissaire, à l'*emptor bonorum*. Comment expliquer que, parmi les actions prétoriennes, la plupart soient annales et quelques-unes perpétuelles ? Il y a deux classes d'actions prétoriennes : les unes sont données contrairement au droit civil, pour en corriger les règles, *contra jus civile dantur* ; à raison de cette hostilité contre le vieux droit, le préteur devait en borner la durée ; elles sont annales, comme l'édit ; les autres sont données conformément au droit civil, pour en imiter les règles ou en combler les lacunes, *imitantur jus civile* : elles sont perpétuelles, comme les actions civiles.

Nous avons vu plus haut l'influence de la *litis contestatio* sur le caractère des actions relativement à leur durée ; par suite de son effet extinctif combiné avec la péremption d'instance, le droit d'agir était éteint en même temps que la procédure.

Epoque du Bas-Empire. — Une constitution de Théodose le Jeune décide que toute action réelle ou personnelle se prescrira par trente années continues, qui commencent à courir à dater de l'événement qui lui a donné naissance. Cette innovations fut inspirée par le double désir d'assurer la stabilité des droits et de diminuer les procès. Le Bas-Empire établit une prescription de quarante ans pour l'action hypothécaire dirigée contre le débiteur, pour les actions en réclamation d'état et,pour les actions en revendication appartenant aux églises.

La bonne foi n'est pas exigée de la personne au profit de laquelle s'achève la prescription extinctive ou libératoire. On admettait la possibilité d'une suspension ou d'une interruption. La prescription est suspendue, quand son cours s'arrête momentanément, sans que le temps écoulé soit perdu : parmi les causes de supension, il faut citer l'impuberté du titulaire de l'action. La prescription est interrompue, quand son cours s'arrête, sans qu'on puisse se prévaloir du temps écoulé ; l'interruption résulte : 1° d'une citation en justice ; 2° en cas d'absence du débiteur, d'une protestation adressée à des magistrats déterminés ; 3° d'un acte par lequel le débiteur reconnaît le droit du créancier.

La prescription n'opère pas de plein droit ; le défendeur doit l'opposer sous forme d'exception, et le juge n'est pas admis à la suppléer d'office. Son effet est d'éteindre l'action ; mais, quand l'action était personnelle, il subsiste une obligation naturelle ; quand l'action était réelle, le droit réel persiste contre toutes personnes autres que le défendeur qui a prescrit ou ses successeurs à titre universel ou à titre particulier.

Section XI. — Actions noxales.

En principe, les *alieni juris* sont pour le chef de famille une source de profit, non d'appauvrissement. Cette règle reçoit deux exceptions.

En matière contractuelle, le droit prétorien donna contre le chef de famille les actions *adjectitiæ qualitatis*, à raison des obligations nées du contrat ou quasi-contrat de l'individu *in potestate*.

En matière de délit ou de quasi-délit, le droit civil donne, dès les temps même les plus reculés, à la partie lésée contre le chef de famille les actions *noxales*, à raison des obligations nées du délit ou quasi-délit de l'individu en puissance.

La loi des Douze Tables avait créé l'action noxale *de pauperie* contre le propriétaire d'un animal domestique qui avait causé un dommage.

La qualification de noxale vient de *noxa*, qui signifie l'auteur du dommage (*corpus quod nocuit*).

Le chef de famille ou le propriétaire de l'animal n'avait qu'un seul moyen pour se soustraire à la réparation pécuniaire du dommage, c'était d'abandonner au demandeur l'auteur du fait délictueux ou l'animal qui avait causé le préjudice. L'abandon noxal pouvait être fait utilement avant toute poursuite, ou dans le cours du procès ou même après la sentence : on évitait ainsi l'action, la condamnation ou l'exécution. Cette faculté d'abandon n'était qu'une conséquence de cette idée que le propriétaire ne devait pas subir malgré lui, à l'occasion de sa chose, un préjudice supérieur à sa valeur. Il en résultait que le droit d'abandon était refusé au chef de famille ou au

propriétaire, lorsqu'il a donné l'ordre de commettre le délit, a excité son animal à causer un dommage, ou même, lorsque, sachant que le délit ou le fait dommageable allait se commettre, il n'a pas usé des moyens qu'il avait pour l'empêcher; car ici il est tenu directement, et non plus seulement *propter rem*. L'abandon consistait dans une aliénation, qui s'opérait d'ordinaire par la mancipation. Les fils de famille, qui faisaient l'objet de l'abandon noxal, étaient constitués *in mancipio* : sous l'influence des idées chrétiennes, l'abandon noxal fut supprimé par Constantin à l'égard des filles et par Justinien à l'égard des fils. En ce qui concerne l'esclave délinquant, l'abandon transfère la propriété ; et, lorsque personne ne vient défendre à l'action noxale, le demandeur emmenait l'esclave sur l'ordre du préteur, *ducebat servum ex noxali causâ*, et acquérait sur lui la propriété bonitaire.

Actions noxales contre le maître. — L'action noxale donnée contre le maître à raison du délit de l'esclave est tantôt civile, tantôt prétorienne, car elle n'est que l'action issue du délit de l'esclave, *furti*, *vi bonorum raptorum*, *quod metûs causâ*, avec cette particularité qu'elle est intentée *noxaliter*, c'est-à-dire pour suivre la *noxa* ou *corpus quod nocuit*. Les actions noxales n'ont donc pas une existence propre : ce ne sont que les actions pénales du droit civil ou du droit prétorien, appliquées à des besoins nouveaux.

L'action noxale a pour base un délit commis par un esclave envers un *extraneus* ; le délit commis par l'esclave envers le maître ne donne lieu à aucune action, suivant la règle qu'il ne peut naître d'action entre eux ; en conséquence, l'aliénation ou l'affranchissement de l'esclave, après le délit, ne donne pas à l'ancien maître le droit de poursuivre *noxaliter*; en vertu de la même règle, si l'esclave qui a commis un fait délictueux à votre préjudice tombe ensuite sous votre puissance, l'action noxale s'évanouit.

L'action noxale est donnée à celui qui a éprouvé un préjudice quelconque à raison d'un délit ou quasi-délit commis par un esclave. Elle s'intente contre le possesseur de bonne ou de mauvaise foi, au moment de la *litis contestatio*, mais non con-

tre le propriétaire qui ne possède pas ou contre un simple détenteur : *noxa caput sequitur*. Il s'ensuit d'abord que l'action noxale ne se fonde pas sur l'obligation qui serait imposée au chef de famille de surveiller les individus soumis à sa puissance, et ensuite que l'action s'éteint par la mort ou la fuite de l'esclave et est dirigée contre le nouveau maître, si l'esclave est aliéné.

Au surplus, l'action noxale se transforme en action directe contre l'esclave après son affranchissement, en vertu du principe que ses délits l'obligent civilement. A l'inverse, l'action directe se transforme parfois en action noxale : ainsi, quand l'auteur libre d'un délit devient esclave, la poursuite ne pourra plus s'exercer que *noxaliter*.

L'action noxale est une action personnelle : elle a pour objet de mettre le possesseur de l'esclave dans l'alternative ou de payer la peine infligée au délit ou d'abandonner l'esclave. Cette alternative a déterminé certains auteurs à considérer toujours l'action noxale comme arbitraire. C'est là une confusion. L'action noxale n'est pas nécessairement arbitraire ; elle ne l'est que dans le cas où l'action directe issue du délit serait arbitraire de sa nature, comme l'action *quod metûs causâ*, donnée *noxaliter* contre le maitre de l'esclave qui a fait violence. Mais, à part ce cas, elle n'est pas arbitraire ; car, tandis que, dans l'action arbitraire, le juge évalue à son gré la satisfaction à fournir, dans l'action noxale, il ne peut modifier la peine législativement fixée pour le délit ; en outre, tandis que, dans l'action arbitraire, la coërcition pouvait être employée contre le défendeur pour l'exécution des satisfactions à fournir, dans l'action noxale, l'abandon était facultatif ; enfin, tandis que, dans l'action arbitraire, l'ordre de fournir la satisfaction précédait la condamnation, dans l'action noxale, l'alternative de payer ou d'abandonner se trouvait dans la condamnation elle-même ; ici, le défendeur était condamné à payer ou à abandonner.

Actions noxales contre le père de famille. — A l'origine, le délit commis par le fils ou la fille de famille envers un tiers engendrait une action noxale contre le père, qui sera tenu de

payer la peine législativement déterminée ou d'abandonner l'*alieni juris*. S'il l'abandonne, celui-ci pourra exiger sa liberté, quand il aura racheté son délit par son travail. Après que l'abandon noxal eût été supprimé à l'égard des filles et des fils de famille, la partie lésée avait un moyen pour se faire indemniser : elle n'avait qu'à poursuivre directement l'*alieni juris* par l'action née du délit et se retourner ensuite contre le père par l'action *judicati de peculio* ; la condamnation du fils ou de la fille était opposable au père *de peculio*.

Action noxale contre le propriétaire d'un animal domestique. — On appelle *pauperies* le dommage causé par un animal sans raison et sans responsabilité.

L'action *de pauperie* est donnée par la loi des Douze Tables contre le maître d'un quadrupède domestique qui, sans être provoqué, a causé un préjudice, à l'effet d'en obtenir l'abandon noxal ou une indemnité pécuniaire représentant le dommage. L'abandon était donc libératoire ; mais cette action différait des autres actions noxales, en ce qu'elle avait une existence propre. La jurisprudence appliqua cette action, en qualité d'utile, aux dommages causés par les autres animaux domestiques.

Il y a lieu de mentionner, à côté de l'action *de pauperie*, l'action *édilitienne*, donnée en réparation du dommage causé par un animal féroce. Cette action n'était pas noxale, l'abandon n'était donc pas libératoire. Le taux de la condamnation varie suivant la nature du dommage causé : notamment, il est de deux cents solides, pour un homme libre tué.

CHAPITRE IV

DES INEXACTITUDES DANS LA DEMANDE

Dans l'action qu'il intente, le demandeur peut aller au-dessus ou rester au-dessous de son droit ou encore se tromper sur l'objet même de sa demande. Dans le premier cas, il y a *plus-petitio*, dans le deuxième, *minus-petitio*, dans le troisième, réclamation d'une chose pour une autre, *aliud pro alio*. Quelles seront les conséquences pratiques de ces inexactitudes ?

Plus-petitio. — Il y a *plus-petitio*, lorsque la prétention du demandeur excède son droit. Elle n'est possible que dans une action *certa*, c'est-à-dire dans une action dont l'*intentio* précise limitativement l'objet de la demande. Telle est la *condictio certi*, qui impose au juge l'obligation de condamner le défendeur à payer une somme fixe ou à donner une chose déterminée, s'il en est reconnu débiteur : *si paret Numerium Negidium Aulo Agerio decem dare oportere*. Telle est aussi la revendication, qui n'autorise le juge à condamner le défendeur que si la chose appartient au demandeur : *si paret hominem ex jure Quiritium Auli Agerii esse ;* l'objet de la demande est déterminé et connu à l'avance : c'est la reconnaissance d'un droit réel précis.

La conséquence de la *plus-petitio* est la déchéance absolue de l'action et du droit ; cette déchéance est une suite rigoureusement logique de la procédure romaine. En effet, je suppose qu'un créancier, auquel il est dû dix, demande vingt ; le magistrat, en délivrant la formule, dit au juge : Condamnez à vingt, s'il est dû vingt, *condemna, si paret viginti dare oportere*. Or, si le juge estime qu'il n'est dû que dix, il répondra à l'*intentio* où l'on demande vingt : *non paret*, il n'est pas dû vingt, et il sera tenu d'absoudre le défendeur. L'excès de la demande empêche ainsi la condition qui tenait la condamnation en sus-

pens de s'accomplir. Au surplus, comme le droit déduit en justice est éteint par l'effet de la *litis contestatio*, l'action ne pourra plus être renouvelée. La *restitutio in integrum* pourrait seule relever de cette déchéance ; mais, si le préteur l'accorde facilement aux mineurs de vingt-cinq ans, il ne la donne aux majeurs qu'en présence d'une erreur légitime et inévitable.

Au contraire, les actions *incertæ*, où l'on ne réclame rien de précis, mais une valeur indéterminée, dont la fixation est laissée au juge (*quidquid paret, quanti ea res erit*), échappent au danger de la *plus-petitio*. Sont incertaines, notamment, les *condictiones incerti* et les actions de bonne foi.

La *plus-petitio* se produit de quatre manières : *re*, *tempore*, *causa*, *loco*.

Il y a *plus-petitio re*, lorsque le demandeur exagère l'objet de son droit : ainsi, un créancier de dix demande vingt, ou le copropriétaire d'un fonds le revendique pour le tout. Ce dernier exemple est relatif à une action réelle qui est, en principe, *certa*, car il est rare qu'on ne connaisse pas l'objet et l'étendue du droit réel qu'on réclame ; il y a cependant des cas où un propriétaire peut ne pas connaître exactement l'étendue de son droit, par exemple, le cas de mélange de matières sèches, grains, blé ; le magistrat délivrera une formule avec une *intentio incerta*, qui chargera le juge d'apprécier ce qui revient à chaque copropriétaire suivant la quantité et la qualité des grains mélangés. Cette *vindicatio incertæ partis* évitera la déchéance de la *plus-petitio*.

Il y a *plus-petitio tempore*, lorsqu'on agit avant l'échéance du terme fixé par la convention dans l'intérêt du débiteur. En voulant rendre ainsi la condition du débiteur plus onéreuse, le créancier perd son procès et ne peut plus renouveler son action, qui est épuisée par la *litis contestatio*. La poursuite *pendente conditione* ne fait rien obtenir au demandeur, puisque le droit n'est pas encore né, mais, pour cette raison même, il n'a rien déduit en justice et il peut renouveler son action.

Il y a *plus-petitio causa*, lorsque la prétention du demandeur exprimée dans l'*intentio* tend à priver le défendeur d'une faculté d'option dont il est investi : ainsi, le créancier ne réclame que

l'un des deux objets promis sous alternative, au choix du débiteur.

Il y a *plus-petitio loco*, lorsqu'un demandeur actionne dans un lieu autre que celui qui a été déterminé pour le paiement. En enlevant au défendeur la faculté de payer au lieu indiqué, on commet une *plus-petitio*. Cette règle eût fait naître des inconvénients dans la pratique, si le préteur n'était venu y remédier : car le débiteur mal fondé ou récalcitrant n'avait, pour échapper à l'action, qu'à fuir le lieu du paiement ; et il avait intérêt à se laisser poursuivre dans un autre lieu que celui du paiement, à raison de la déchéance à encourir par le demandeur. Le préteur vint conférer au créancier l'action *de eo quod certo loco dari oportet*, qui n'est autre que l'action *certa* originaire, modifiée dans sa formule. Cette action est intentée au lieu où le demandeur peut rencontrer son adversaire. Afin de prévenir la *plus-petitio*, le préteur rend l'*intentio incerta*, et le juge doit augmenter ou diminuer la condamnation, suivant que la différence des lieux est profitable ou nuisible au débiteur. En outre, l'action devient arbitraire, et le défendeur est absous, s'il donne la satisfaction imposée par le juge, ordinairement celle de fournir caution de payer au lieu convenu.

La disparition du système formulaire ne fit pas disparaître la distinction des actions *certæ* et *incertæ*. Mais les conséquences rigoureuses de la *plus-petitio* sont abolies. Pour réprimer la *plus-petitio tempore*, Zénon décida que l'action intentée avant le terme ne pourrait plus être renouvelée qu'après un délai double du délai méconnu, et rejetterait sur le demandeur la charge des frais occasionnés et du préjudice causé par la poursuite anticipée. Justinien assimile à la poursuite avant le terme la poursuite intentée avant l'arrivée de la condition. Toute autre *plus-petitio*, la *plus-petitio re*, qui peut désormais se rencontrer dans l'exploit d'ajournement, la *plus-petitio causâ* et la *plus-petitio loco*, rend le demandeur passible d'une *condictio ex lege*, à l'effet d'indemniser au triple le défendeur du tort qu'il lui a causé. La *plus-petitio* n'expose donc plus à une déchéance, mais à une peine, à raison du dol ou de la faute du demandeur.

Si l'étendue de la *condemnatio* est trop forte, le défendeur lésé obtiendra une *restitutio in integrum*.

Minus-petitio. — Lorsque le demandeur a réclamé dans l'*intentio certa* moins que son droit, par exemple, cinq au lieu de dix, qui lui sont dus, l'action n'est déduite en justice que dans les limites de la réclamation ; mais il doit attendre la fin de la préture actuelle pour réclamer judiciairement le reste, sous peine d'être repoussé par l'exception *rei residuæ*. Justinien permet au juge de redresser lui-même l'erreur dans la première instance.

Si l'étendue de la *condemnatio* est trop faible, le juge, esclave de la formule, ne peut la rectifier, et le demandeur ne peut obtenir la *restitutio in integrum* que s'il est mineur de vingt-cinq ans.

Aliud pro alio. — Lorsque le demandeur réclame une chose pour une autre, par exemple, l'esclave Pamphile au lieu de l'esclave Stichus, il peut sans difficulté intenter une nouvelle action. Justinien permet de réparer l'erreur dans la même instance.

CHAPITRE V

DES CONDAMNATIONS INFÉRIEURES A LA DEMANDE

Il y a des cas où le demandeur n'obtient qu'une partie de sa réclamation, bien qu'elle soit fondée en totalité. Tel est le cas des actions tributoire, *de peculio*, *de in rem verso*, qui sont limitées à l'étendue du pécule ou à l'enrichissement procuré au chef de famille ; celui de la compensation, qui peut arriver à réduire ou à neutraliser la condamnation du défendeur ; celui des *retentiones* sur l'action *rei uxoriæ*, qui empêchaient la femme d'obtenir une condamnation au montant intégral de sa dot ; celui du bénéfice de compétence, et, enfin, le cas de la cession de biens.

Bénéfice de compétence. — Ce bénéfice, introduit par l'usage, consiste dans la faveur accordée à certaines personnes de n'être condamnées que dans les limites de leurs ressources pécuniaires, *in quantum facere potest*.

Les personnes qui en jouissent sont : 1° les ascendants actionnés par leurs descendants ; 2° le patron et ses ascendants ou descendants, poursuivis par l'affranchi ; 3° le frère du demandeur ; 4° le conjoint du demandeur ; 5° l'associé, poursuivi par l'action *pro socio* ; 6° le donateur poursuivi par le donataire en exécution de la donation ; 7° le débiteur qui a fait cession de biens, et qui ne pourra, dès qu'il aura réalisé des acquisitions nouvelles, être condamné au-delà de ses facultés ; 8° les militaires, pour leurs dettes contractuelles ; 9° le fils de famille qui s'est obligé civilement étant encore en puissance et qui est poursuivi après avoir été émancipé ou exhérédé.

Ce bénéfice est personnel et intransmissible aux héritiers. La plupart de ses cas d'application sont motivés par des considérations d'affection, de reconnaissance, de pitié ; les mili-

taires en jouissent par un motif d'ordre public, afin que l'emprisonnement pour dettes n'empêche pas le service militaire.

On se prévalait du bénéfice de compétence par voie d'exception : *exceptio in id quod facere potest.* Cette exception figurait dans la *condemnatio*, dans les termes suivants : *duntaxat in id quod facere potest, condemna.* Ce bénéfice épargnait au débiteur la contrainte par corps et la note d'infamie résultant de la *bonorum venditio.*

Que devient l'obligation pour la valeur qui excède les facultés pécuniaires du débiteur? Par suite de l'effet extinctif de la *litis contestatio* et de la sentence, il ne subsiste plus qu'une obligation naturelle. Mais le débiteur devait, au moment de la condamnation, prendre l'engagement formel d'acquitter le surplus dès qu'il reviendrait à meilleure fortune; cette promesse faisait naître une obligation civile de payer le surplus.

Le montant des facultés du défendeur se calcule, au jour du jugement, sur l'actif brut, sans en rien déduire pour ses autres dettes ni pour sa subsistance. Mais le donateur jouit, sous ce rapport, d'un double avantage : on déduit ce qu'il doit aux autres créanciers et ce qui lui est nécessaire pour vivre, *ne egeat.*

Cession de biens. — La cession de biens est l'abandon volontaire que le débiteur malheureux et de bonne foi fait de tous ses biens à ses créanciers, à l'effet de les vendre et de se payer sur le prix de vente. Elle n'est permise qu'au débiteur malheureux et de bonne foi et n'exige pas de forme spéciale. La cession de biens procure un triple avantage au débiteur : 1° elle le soustrait à l'infamie résultant de la *venditio bonorum ;* 2° elle lui épargne l'emprisonnement pour dettes ; 3° elle lui fait obtenir pour l'avenir le bénéfice de compétence. Les créanciers sont considérés comme mandataires du débiteur et sont tenus, à ce titre, de procéder à la vente en détail. Le débiteur peut donc, jusqu'à la vente, révoquer le mandat et reprendre ses biens, à la condition de satisfaire ses créanciers. Après la vente, tant que le débiteur n'a rien acquis de nouveau, le créancier, qui le poursuit, est repoussé par l'exception *nisi bonis cesserit*; quand le cédant aura fait des acquisitions nouvelles, il pourra se prévaloir, en cas d'une poursuite ultérieure du créancier cessionnaire, de l'exception *in id quod facere potest.*

CHAPITRE VI

DES EXCEPTIONS

Différence entre les défenses et les exceptions. — La *défense* proprement dite est un moyen mis en cause qui tend directement à contredire la prétention du demandeur. L'*exception* est un moyen de défense qui, sans nier la prétention du demandeur, tend à en paralyser ou en restreindre les effets. Exemple : je vous réclame une dette et vous me répondez que vous n'avez jamais été mon débiteur ou que vous m'avez payé ; c'est un moyen de défense, qui va opérer *ipso jure*, sans le secours d'aucune exception. Mais si, sans nier l'existence de votre dette, vous alléguez que j'ai commis un dol ou que je vous ai consenti un pacte de remise, c'est une exception, et vous devez faire insérer dans la formule une *exceptio doli* ou *pacti*. Autre exemple : je prétends être propriétaire d'une chose et je la revendique ; le possesseur me répond : vous n'êtes pas propriétaire, cette chose est à moi ; c'est un moyen de défense. J'intente, au contraire, la publicienne, prétendant que j'étais *in causâ usucapiendi* au moment où j'ai été dépossédé, et le défendeur me répond : il est vrai que vous étiez en voie d'usucaper au moment de votre dépossession, mais je suis propriétaire quiritaire ; dans ce cas, ce propriétaire fera insérer l'*exceptio justi dominii*, car il ne nie pas ma prétention, il tend seulement à la paralyser.

De cette distinction entre la défense et l'exception découlent les conséquences suivantes : 1° Le moyen de défense opère *ipso jure*, n'a pas besoin d'être inséré dans la formule et peut être proposé pour la première fois devant le juge ; l'exception doit être invoquée *in jure*, et le juge ne peut en tenir compte qu'en vertu d'un pouvoir spécial que la formule lui confère ; 2° le moyen de défense est perpétuel ; l'exception n'a pas nécessai-

rement ce caractère ; 3o le moyen de défense ne peut être détruit par un pacte ; l'exception peut se trouver paralysée par un pacte ultérieur.

Aperçu historique sur les exceptions. — *Epoque des Actions de la Loi.* — Sous le premier système de procédure, les exceptions sont inconnues en la forme, mais elles existent au fond et sont examinées par le juge dans une instance préparatoire à l'aide d'un *præjudicium*, que le défendeur peut obtenir du magistrat. Ainsi, le défendeur invoque-t-il un dol ou un pacte de remise, il n'a qu'à demander au magistrat un *præjudicium* ; une fois qu'il l'aura obtenu, le juge l'examinera dans une instance préalable, et, s'il le reconnaît fondé, le magistrat. devant lequel les parties retourneront, n'admettra pas le demandeur à poursuivre la première instance et refusera de nommer un juge pour statuer sur l'affaire.

Epoque du système formulaire. — C'est à cette époque que les exceptions apparaissent avec leur véritable caractère. L'exception ne fait plus désormais l'objet d'une instance spéciale ; elle est insérée par le magistrat dans la formule, ordinairement à la suite de l'*intentio*, sous la forme d'une condition négative : *si non* ou *nisi dolo malo factum sit, condemna*, s'il n'a pas commis de dol ou excepté qu'il ait commis un dol, condamnez. Mais, lorsque l'exception avait pour but de diminuer la condamnation, elle s'insérait dans la *condemnatio* : ainsi, dans le cas où le défendeur jouit du bénéfice de compétence, la formule, après avoir donné au juge la mission de condamner, ajoutait : *duntaxat in id quod facere potest*. En règle générale, les exceptions doivent être proposées *in jure* et inscrites par le magistrat dans la formule ; sinon, le juge ne peut en tenir compte. Mais il y a certaines exceptions plus énergiques, telles que celles des sénatus-consultes Velléien et Macédonien, et, en général, toutes celles qui constituent des bénéfices d'ordre public, auxquels on ne peut renoncer explicitement ou implicitement, qui peuvent sans risque de forclusion être omises *in jure* et dont le défendeur peut se prévaloir même sur l'action *judicati*.

Lorsque l'exception est reconnue fondée *in jure*, le magistrat peut refuser de délivrer l'action ; si elle est manifestement re-

connue non fondée *in jure*, il délivre la formule sans y mentionner l'exception ; enfin, si elle est vraisemblable ou douteuse, elle est insérée dans la formule, et le défendeur devra en faire la preuve devant le juge, après que le demandeur aura établi le bien fondé de sa prétention ; *reus in excipiendo fit actor* Toutefois, celui qui se prévaut de l'exception *non numeratæ pecuniæ*, n'a aucune preuve à fournir : c'est au demandeur à prouver la numération des espèces.

A l'exception du défendeur le demandeur peut opposer une seconde exception, qui prend le nom de réplique, *replicatio* : c'est ainsi qu'à l'exception *justi dominii* opposée par le défendeur à la publicienne le demandeur peut opposer victorieusement une *replicatio rei venditæ et traditæ*. A la *replicatio* du demandeur peut être opposée une duplique, *duplicatio*, du défendeur, et à celle-ci une *triplicatio* du demandeur. Mais, pour que le juge puisse prendre en considération ces *replicatio*, *duplicatio*, *triplicatio*, il faut qu'elles aient été insérées dans la formule. Toutefois, l'*exceptio doli*, donnant à l'action le caractère d'une action de bonne foi, rend inutile l'insertion d'une *replicatio doli* au profit du demandeur.

Epoque du système extraordinaire. — Après la disparition du système formulaire, les exceptions perdent leur forme extérieure, mais elles continuent d'exister au fond : on distingue toujours la défense proprement dite, qui opère de plein droit, et le moyen mis en cause, qui ne produit son effet que *exceptionis ope*. Le magistrat, qui est en même temps juge, a le droit d'admettre *de plano* l'exception, tout comme le moyen de défense.

Division des exceptions. — Les exceptions sont : 1° prétoriennes ou civiles ; 2° *in factum* ou générales ; 3° *rei cohærentes* ou *personæ cohærentes* ; 4° fondées sur l'équité ou sur l'ordre public ; 5° perpétuelles (*peremptoriæ*) ou temporaires (*dilatoriæ*).

1° *Exceptions prétoriennes ou civiles.* — L'exception est prétorienne ou civile, suivant qu'elle découle du droit prétorien ou du droit civil. Toutes les exceptions primitives sont de source prétorienne, puisqu'elles furent créées pour corriger ou com-

pléter la législation civile : telles sont, notamment, les exceptions *doli mali*, *quod metûs causâ*, *pacti conventi*, *jurisjurandi*. Mais le droit civil lui-même créa des exceptions; les principales sont : 1° l'*exceptio justi dominii*, créée par la jurisprudence; 2° l'exception *legis Cinciæ*, établie par la loi *Cincia*; 3° l'*exceptio restitutæ hereditatis*, provenant du sénatus consulte Trébellien, l'exception du sénatus consulte Velléien et l'exception du sénatusconsulte Macédonien; 4° l'exception de division (*si non et illi solvendo sint*), dérivant d'un rescrit impérial. Si on s'explique très bien que le préteur romain, simple magistrat, se trouvant en présence de nécessités nouvelles, n'ait pas voulu entrer directement en lutte avec la loi civile et se soit contenté d'organiser des exceptions au lieu d'établir des moyens de défense, on peut se demander pourquoi le droit civil n'a pas abrogé, dans certains cas, ses vieilles règles au lieu de les paralyser simplement par une exception, suivant ainsi la voie plus modeste du préteur. Nous avons eu déjà plusieurs fois l'occasion d'observer que les Romains professaient le plus grand respect pour leur droit ancien : aussi, même en présence de besoins nouveaux, préféraient-ils tempérer ou corriger l'application des vieilles lois par des exceptions; ce procédé leur permettait de conserver l'ensemble de leur antique législation, sans y jeter une perturbation contraire à leurs traditions nationales.

2° *Exceptions in factum ou générales*.— L'exception ne peut jamais poser une question de droit; il n'y a pas d'exceptions *in jus*. Que faut-il donc entendre par exception *in factum*, si toutes les exceptions le sont? On appelle spécialement exception *in factum* celle que le préteur accorde, *cognitâ causâ*, après examen des circonstances de la cause, pour un fait particulier et accidentel : telle est l'exception tirée d'un pacte de remise : le juge aura pour mission de vérifier l'existence de ce pacte. Cette exception *in factum* est opposée à l'exception *générale*, qui est celle prévue à l'avance dans l'Edit et ne précisant aucun fait particulier : telle est l'exception de dol : ici le juge n'a pas seulement à vérifier l'existence des faits allégués par le défendeur, mais encore à en apprécier la moralité et la gravité; en

outre, cette exception embrasse le dol commis avant et pendant le procès. L'exception générale de dol était infamante et, à raison de ce caractère, était refusée contre un ascendant ou un patron, qui ont droit à la *reverentia ;* elle était alors remplacée par une exception *in factum*, qui indique le fait articulé, sans le qualifier de dolosif.

3° *Exceptions rei cohærentes ou personæ cohærentes.*— L'exception est *rei cohærens*, lorsque son effet est absolu, c'est-à dire qu'elle peut être invoquée par toutes les personnes unies dans un même rapport juridique, par exemple, des coobligés principaux ou accessoires, des héritiers, des successeurs particuliers : elle découle alors d'une situation défavorable au demandeur. L'exception est *personæ cohærens*, lorsque son effet est relatif, c'est-à-dire qu'elle n'est invocable que par tel défendeur, parce qu'elle provient alors d'une considération propre à sa personne. Les exceptions sont, en général, *rei cohærentes* : telle est, notamment, l'exception de dol, qui est opposable par tous les coobligés ou par les héritiers. Parmi le exceptions *personæ cohærentes*, on peut citer l'exception *in id quod facere potest* et l'exception résultant d'un pacte de remise consenti à tel débiteur.

4° *Exceptions fondées sur l'équité ou sur l'ordre public.* —La plupart des exceptions ont leur base dans un principe d'équité : telles sont les exceptions de dol et de pacte ; les exceptions basées sur l'équité sont sous-entendues dans la formule des actions de bonne foi, car le juge, devant y statuer d'après l'équité, doit apprécier la mauvaise foi. D'autres exceptions, qui paraissent parfois sanctionner une iniquité, reposent sur des nécessités d'ordre public et d'utilité générale facilement justifiables : telles sont les exceptions *rei judicatæ*, *legis Cinciæ*, *justi dominii*, *jurisjurandi*, *senatùsconsulti Velleiani*, *senatùsconsulti Macedoniani*. Ces exceptions doivent toujours être insérées dans la formule.

5° *Exceptions perpétuelles* (*peremptoriæ*) *ou temporaires* (*dilatoriæ*). — Est *perpétuelle* ou *péremptoire* l'exception qui permet à toute époque de repousser l'action ; est *temporaire* ou *dilatoire* celle qui ne permet de repousser l'action que durant

un certain temps. L'exception temporaire ou dilatoire, invoquée *in jure* en temps utile, conduit, comme la première, à l'absolution totale ou partielle du défendeur. Dans le droit français, l'exception péremptoire entraîne seule l'absolution du défendeur ; l'exception dilatoire n'a d'autre effet que d'obliger le juge à surseoir.

Les principales exceptions perpétuelles sont : 1° les exceptions *doli mali* et *quod metûs causâ* ; les actions *de dolo* et *quod metûs causâ* sont, au contraire, annales pour leurs rigueurs ; de là vient la règle : *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* ; 2° l'exception *in factum* donnée à la personne qui s'est obligée sous l'empire de l'erreur ; il faut observer, à cet égard, qu'aucune exception ne serait nécessaire si l'erreur était destructive de tout consentement, car alors il n'y aurait ni obligation ni action ; 3° l'exception *juris jurandi* ; 4° l'exception *rei in judicium deductæ* : on sait que la *litis contestatio* éteint le droit du demandeur *ipso jure* dans les actions *in jus, in personam* et constitutives d'un *judicium legitimum*, et *per exceptionem* dans les actions *in factum*, *in rem* ou constitutives d'un *judicium imperio continens*. Exemple : je poursuis Titius, mais, après la *litis contestatio*, je m'aperçois qu'il est insolvable et j'arrête ma poursuite jusqu'à des temps meilleurs : on a vu que, depuis la loi *Julia judiciaria*, les *judicia legitima* sont périmés après dix-huit mois et les *judicia imperio continentia* après un an ; or, après deux ans, je veux intenter une nouvelle action : si mon action primitive formait un *judicium legitimum*, le préteur m'en refusera une seconde ; si elle formait un *judicium imperio continens*, une seconde action me sera délivrée, mais affectée de l'exception *rei in judicium deductæ* ; 5° l'exception *rei judicatæ*, résultant des effets de la sentence.

Les exceptions temporaires sont dilatoires *ex tempore*, lorsqu'elles ont pour effet de repousser une action anticipée ; telles sont : 1° l'exception de pacte de remise *intra tempus*, que l'on oppose au créancier qui avait convenu de ne pas agir avant un certain temps ; 2° l'exception *non numeratæ pecuniæ*, qui permettait de repousser l'action du créancier pendant cinq

ans et, sous Justinien, pendant deux ans ; le créancier ne pouvait donc agir avant ce délai sans être repoussé ; 3° l'exception *rei residuæ :* le demandeur qui n'avait réclamé dans une instance qu'une partie de ce qui lui était dû ne pouvait réclamer le surplus durant la même préture ; s'il agissait de nouveau pendant cette préture, son action se brisait contre l'exception *rei residuæ* ; on avait voulu ainsi mettre obstacle à la multiplication des procès sous une même préture ; 4° l'exception *litis dividuæ* : quand le demandeur, investi de plusieurs causes d'actions contre une même personne, ne les exerce pas simultanément, il devra attendre, pour exercer les autres, une nouvelle préture ; s'il veut les exercer sous la même préture, il sera repoussé par l'exception *litis dividuæ* ; on avait voulu ainsi contraindre les plaideurs à vider dans une même et seule instance tous les chefs de leurs contestations actuelles.

Les exceptions temporaires sont dilatoires *ex personâ*, lorsqu'elles ont pour effet de repousser l'action intentée par une personne qui n'a pas qualité à cet effet : telles sont les exceptions *cognitoria* et *procuratoria*. Le demandeur devait dans un certain délai changer son représentant ; elles sont temporaires en ce sens que le défendeur ne peut les opposer que jusqu'au changement du représentant ; il jouissait ainsi d'un certain délai. Le changement du représentant devait avoir lieu *in jure* ; car, après la délivrance de la formule, l'effet de l'exception dilatoire prouvée serait d'amener une absolution définitive.

Quel est l'intérêt de la distinction entre les actions perpétuelles et les actions temporaires ?

Avant la *litis contestatio*, l'exception perpétuelle, quand elle ne laisse pas subsister d'obligation naturelle, permet au débiteur, qui paie dans l'ignorance de l'exception qui existe à son profit, d'exercer la *condictio indebiti* ; en outre, elle fait obstacle à la compensation ; l'exception temporaire, au contraire, n'anéantit pas le droit ; elle ne permet pas d'exercer la *condictio indebiti* au débiteur qui a payé par erreur et n'empêche pas la compensation.

Après la *litis contestatio*, la justification des exceptions, qu'elles soient perpétuelles ou temporaires, entraine toujours l'ab-

solution du défendeur ; car, la *litis contestatio* ayant épuisé le droit d'agir, l'instance ne peut être renouvelée. Mais, pour éviter les effets absolutoires de l'exception temporaire, le demandeur n'avait qu'à différer sa poursuite jusqu'au jour où cette exception avait perdu la force de repousser l'action.

Sous Justinien, les exceptions péremptoires peuvent être opposées en tout état de cause, tandis que les exceptions dilatoires doivent être proposées au début de l'instance, *in limine litis*.

Théorie de l'exception rei judicatæ.— On appelle chose jugée, *res judicata*, la décision judiciaire devenue irrévocable, c'est-à-dire qui n'est plus sujette à réforme par la voie de l'appel. La chose jugée est réputée l'expression de la vérité : *res judicata pro veritate habetur ;* elle lie les parties qui ont figuré dans l'instance. Le principe que la chose jugée est tenue pour vraie n'est point basé sur l'équité ou la morale ; c'est un principe d'ordre social, qui protège sans distinction les bons et les mauvais jugements. Il importe pour l'ordre public que les procès aient une fin et que l'on ne puisse remettre en cause une question définitivement tranchée. La chose jugée produit un double effet : 1° l'action *judicati*, au profit du demandeur, pour faire exécuter la sentence de condamnation ; le juge chargé de statuer sur cette action n'a qu'à examiner s'il y a chose jugée et si le demandeur n'a pas déjà reçu satisfaction ; 2° l'exception *rei judicatæ*, dont chaque partie a le droit de se prévaloir contre l'adversaire qui tenterait de ressusciter l'ancien débat en intentant une action nouvelle.

Cas d'application de l'exception rei judicatæ. — Sous la procédure des Actions de la Loi, l'action une fois intentée était épuisée ; on ne pouvait plus la renouveler : *quâ de re semel actum erat, de eâ postea ipso jure agi non poterat*. L'exception *rei judicatæ* était donc inutile pour faire écarter une action désormais irrecevable.

Sous le régime formulaire, la sentence éteint de plein droit l'obligation née de la *litis contestatio*, quand l'action est conçue *in jus*, *in personam* et déduite dans un *judicium legitimum* : dans ce cas, le droit est consommé, et aucune exception n'est

utile pour repousser une action qui n'existe plus ; quand il s'agit, au contraire, d'une action *in factum*, ou *in rem* ou d'une action déduite dans un *judicium imperio continens*, la sentence n'éteint l'action que par voie d'exception : si donc le demandeur, encore investi théoriquement de son action malgré la sentence, veut la recommencer, sa nouvelle poursuite sera écartée par l'exception *rei judicatæ*.

Sous Justinien, l'extinction de l'action par la sentence n'a jamais lieu que *per exceptionem ;* l'exception *rei judicatæ* sera donc toujours indispensable pour arrêter le renouvellement d'une action déjà tranchée par une sentence qui a acquis force de chose jugée.

Conditions d'application de l'exception rei judicatæ. — Pour que l'exception de chose jugée puisse être invoquée, il faut que le nouveau procès soit le même que l'ancien, c'est-à-dire qu'il s'agite entre les mêmes personnes juridiques, pour le même objet et pour la même cause que l'ancien procès ; en d'autres termes, l'exception *rei judicatæ* ne triomphe qu'à une triple condition : qu'il y ait identité de personnes juridiques, identité d'objet et identité de cause :

1° *Identité de parties.* — Les jugements, comme les conventions, ne produisent d'effet qu'entre ceux qui y ont figuré ; les tiers ne peuvent donc ni profiter ni souffrir d'une sentence qui leur est étrangère. La chose jugée fait droit entre les parties, et l'exception *rei judicatæ* empêchera de recommencer l'ancien débat entre les mêmes parties. L'expression de *parties* indique qu'il s'agit ici, non point d'une identité physique, mais d'une identité juridique. C'est ainsi qu'un même plaideur peut sans difficulté jouer successivement le rôle de deux parties différentes : après avoir vainement réclamé une chose en qualité de mandataire, on peut, sans avoir à craindre l'exception *rei judicatæ*, la réclamer en qualité de propriétaire. A l'inverse, plusieurs plaideurs distincts peuvent n'avoir qu'une même personnalité et ne former qu'une seule partie, de telle sorte que la sentence rendue contre l'un d'eux est réputée rendue contre les autres : ainsi le père de famille représente les *alieni juris* sous sa puissance; le jugement prononcé à l'égard du dé-

funt avant sa mort est obligatoire pour l'héritier ; les successeurs à titre particulier sont liés par une sentence rendue sur le droit de leur auteur antérieurement à l'événement qui a fait passer ce droit dans leur patrimoine : par exemple, le créancier hypothécaire est tenu de respecter les jugements rendus contre le débiteur avant la constitution d'hypothèque.

En général, dans les procès qui ont lieu par représentant, on considère le représenté comme la véritable partie litigante : il en résulte, notamment, que le jugement rendu sur une action populaire produit son effet à l'égard de tous les citoyens, parce que le demandeur y représente l'ensemble du corps populaire.

Le principe que l'autorité de la chose jugée se restreint entre les parties comporte trois dérogations :

1° En matière de servitude, ce qui est jugé avec un des copropriétaires du fonds dominant ou du fonds servant est réputé jugé avec les autres; le motif de cette dérogation réside dans l'indivisibilité du droit. Mais, dans le cas de connivence entre le demandeur et le copropriétaire actionné, les autres copropriétaires auraient l'action *de dolo,* suivant la règle : *fraus omnia corrumpit.*

2° La sentence rendue sur une question d'état contre un contradicteur légitime devient envers tous, *erga omnes*, la vérité juridique ; l'état d'une personne est indivisible.

3° En matière successorale, le jugement qui reconnaît à une personne la qualité d'héritier a force obligatoire à l'égard des créanciers ou débiteurs de l'hérédité et à l'égard des légataires : la raison en est que les créances et les dettes, éléments constitutifs de l'hérédité, et les legs, charge de l'hérédité, doivent nécessairement suivre celui entre les mains de qui passe l'hérédité.

2° *Identité d'objet.* — Il faut, en outre, l'identité d'objet dans les deux demandes. Ainsi, la personne qui a succombé dans la réclamation d'une chose ne peut plus en demander une partie divise ou indivise ; car le jugement qui refuse la chose entière, la refuse nécessairement dans chacune de ses parties : par exemple, celui qui a revendiqué sans succès

un fonds ne sera pas admis à revendiquer les arbres coupés sur ce fonds.

Mais, si l'on a commencé par demander vainement une portion d'une chose ou la propriété d'un fonds, on est recevable à demander la portion restante de la chose ou un droit de servitude sur le fonds; de même, celui qui a inutilement réclamé un passage avec bestiaux peut encore demander un passage à pied; celui qui a échoué dans un procès sur la possession peut encore plaider sur la propriété. Dans tous ces cas, il n'y a pas identité d'objet dans les deux demandes.

3o *Identité de cause.* — On entend par *cause* le droit qui sert de base à l'action; la cause est identique, quand la seconde demande est fondée sur le même droit que la première. Ainsi, l'acheteur d'un animal entaché d'un vice rédhibitoire a le choix entre l'action *redhibitoria* et l'action *quanti minoris*; mais ces actions, nées à l'occasion d'un même droit, ne se cumulent pas; de la sentence rendue sur l'une résulte l'exception de chose jugée, qui s'oppose à l'exercice de l'autre.

Mais, la cause n'est plus la même, lorsque la seconde demande est basée sur un droit différent: ainsi, après avoir sans succès invoqué une vente, je puis, dans une seconde instance, invoquer une stipulation.

Les actions réelles sont exposées, par leur nature, plus que les actions personnelles, à se briser contre l'exception de chose jugée: car, en intentant une action réelle, on soumet, en principe, au juge tous les titres qui la fondent: aussi la sentence irrévocable rendue contre le demandeur lui dénie-t-elle définitivement le droit réel. Mais l'ancien demandeur au pétitoire pourra intenter une action ultérieure, basée sur une cause nouvelle, s'il a pris soin, lors de sa première action, d'indiquer, par une *præscriptio*, la cause d'acquisition sur laquelle il se fonde.

CHAPITRE VII.

DES INTERDITS.

Notions générales. — Les interdits sont des formules par lesquelles le magistrat donne un ordre ou fait une défense, en vertu de son autorité (*imperium*), pour mettre fin à une contestation entre particuliers (*inter duos dictum*). Une fois l'interdit rendu, si la partie contre laquelle il est délivré s'y soumet, la difficulté est terminée ; si, au contraire, elle refuse de l'exécuter, la partie qui l'avait obtenu réclame du magistrat une action pour sanctionner l'obligation imposée par l'interdit ; le magistrat lui délivre une action *in factum*, conçue dans les termes de l'interdit,et nomme un juge pour apprécier les faits articulés par le demandeur avec mission de condamner ou d'absoudre le défendeur suivant les cas. L'interdit, à l'origine, n'est donc pas une action ; il sert seulement de base à une action *in factum*.

On peut relever trois différences notables entre l'interdit et l'action : 1° l'interdit relève de l'*imperium* du préteur ou pouvoir d'ordonner ou de prohiber ; l'action émane de la *jurisdictio* ou pouvoir d'administrer la justice au contentieux et au gracieux ; 2° l'interdit est une disposition impérative ou prohibitive, qui prévient le procès, quand elle est observée, ou fait la loi du procès, quand le défendeur résiste ; l'action, au contraire, ne fait pas la loi, puisqu'elle n'en est que la sanction ; en outre, la formule de l'action ne fait que poser au juge une question qu'il devra résoudre ; 3° l'interdit est toujours personnel,c'est-à-dire qu'il suppose toujours une injonction ou une prohibition spéciale, rendue contre une personne déterminée, et constitue à sa charge une véritable obligation ; l'action est générale ; elle est la même pour tous ; au surplus,

elle sanctionne une obligation, mais elle n'en fait point naitre par elle seule.

L'origine des interdits, qui remonte aux Actions de la Loi, a son fondement dans la nécessité qui s'imposait au préteur de suppléer au défaut d'actions civiles, dans tous les cas où il s'agissait de protéger l'exercice de droits ou de facultés étrangers au patrimoine privé, tels que l'usage, établi au profit de tous, des choses communes ou publiques. Dans les sociétés en formation, il y a des rapports juridiques importants qu'oublie de sanctionner la législation positive; qu'on suppose donc l'usage des choses communes ou publiques en butte à des troubles sérieux ; comme cet usage ne constitue un droit distinct au profit de personne, le préteur ne peut délivrer une action, qui suppose la violation d'un droit reconnu par une loi : il devra, pour maintenir la paix publique et empêcher que la force brutale ne soit opposée à la force brutale, recourir à son pouvoir de police et prononcer une injonction ou une prohibition personnelles ; en un mot, rendre un interdit. Plus tard, le préteur crée encore des interdits pour sanctionner des droits qu'il reconnaît lui-même ; enfin, il s'enhardit peu à peu jusqu'à combler les lacunes de la loi civile par les dispositions de son Edit ; mais l'interdit resta en usage dans les affaires où cette procédure avait été précédemment employée.

A l'origine, le magistrat rendait un interdit spécial pour chaque affaire. Mais, comme les recours à cette voie de droit étaient fréquents, il finit par inscrire dans l'Edit la formule générale de tel ou tel interdit qu'il promettait de donner dans telle ou telle circonstance. De là vint l'habitude de réclamer de prime abord au préteur, dans les cas prévus, en vertu de la formule générale de l'Edit, le droit de poursuivre la personne qui violait l'injonction ou la défense contenue dans l'Edit : on évitait ainsi de se rendre deux fois à son prétoire, la première pour obtenir l'interdit, la seconde l'action.

Sous le système extraordinaire, les dispositions impératives ou prohibitives du droit prétorien sont devenues de véritables actions, portées directement devant le juge.

Division des interdits — Au point de vue du but pour-

suivi, les interdits sont *prohibitoires*, *restitutoires* ou *exhibitoires*; au point de vue de la procédure, ils sont *simples* ou *doubles* ; au point de vue de leur objet, ils sont *possessoires*, *quasi-possessoires*, ou indépendants de toute possession.

Interdits prohibitoires, restitutoires, exhibitoires. — Les interdits prohibitoires sont ceux qui contiennent une défense de faire une chose ; tels sont les interdits : *ne vis fiat ei qui in possessionem missus est*, pour la sanction de l'envoi en possession, *de mortuo inferendo*, pour la protection des inhumations, *ne quid in loco sacro fiat*, *ne quid in loco publico, flumine ripâ-ve fiat*, pour le maintien de la libre jouissance commune et de la destination publique des *res sacræ*, *religiosæ*, *communes*, *publicæ*. Ce sont, en réalité, des mesures de police.

Les interdits restitutoires sont ceux par lesquels le préteur ordonne de restituer ou de rétablir les choses dans leur premier état ; tels sont : les interdits fraudatoire, *recuperandæ possessionis* ; ajoutons qu'aux interdits prohibitoires qui protègent les choses sacrées, religieuses ou publiques, correspondent des interdits restitutoires, dont le but est la destruction de ce qui a été fait contrairement à la prohibition.

L'interdit restitutoire s'applique encore en matière de dénonciation de nouvel œuvre. La *novi operis nunciatio* est un moyen énergique et sommaire d'arrêter l'exécution d'ouvrages qui sont de nature à porter atteinte au droit de propriété. Le dénonçant se rend à l'endroit où le travail s'exécute et déclare verbalement au propriétaire voisin qui fait exécuter le travail, ou même, en son absence, aux ouvriers, s'opposer à sa continuation. A partir de cette dénonciation, le voisin doit arrêter les travaux ; s'il les continuait au mépris de cette *nunciatio*, le dénonçant obtiendrait un interdit restitutoire, qui lui permettrait de forcer le contrevenant à détruire tout l'ouvrage exécuté. Le voisin, qui croit avoir le droit d'exécuter l'ouvrage, doit s'adresser au magistrat, à l'effet de faire lever l'obstacle à la continuation des travaux ; mais, malgré la possession dont il était investi, il sera forcé de jouer le rôle de demandeur dans l'action qui suit la dénonciation ; il sera tenu de prouver son droit : *sane uno casu, qui possidet, actoris partes*

obtinet. Mais, il peut aussi être autorisé par le magistrat à continuer le travail commencé, moyennant caution : dans ce cas, il aurait à son service un interdit prohibitoire contre toute voie de fait du chef du dénonçant.

Les interdits exhibitoires sont ceux qui contiennent l'ordre d'exhiber. Tandis que l'action *ad exhibendum* est réservée aux personnes qui ont un intérêt pécuniaire à l'exhibition, ces interdits sont donnés dans un intérêt public ou à ceux qui ont un intérêt moral ou d'affection à l'exhibition ; tels sont, entr'autres, l'interdit *de homine libero exhibendo*, ouvert à tout citoyen pour exiger la représentation immédiate et publique d'une personne libre indûment retenue ; l'interdit *de liberis exhibendis*, donné au chef de famille pour obtenir l'exhibition de son enfant détenu ou caché, afin de pouvoir le revendiquer ; l'interdit *de tabulis exhibendis*, qui permettait d'obtenir l'exhibition des tablettes d'un testament déposées chez un tiers.

Interdits simples ou doubles. — L'interdit *simple* est celui dont l'injonction ou la défense ne s'adresse qu'à l'une des parties ; elle seule peut y contrevenir et être condamnée ; le rôle de demandeur est alors distinct de celui de défendeur. Sont toujours simples les interdits restitutoires et exhibitoires.

L'interdit *double* est celui dont l'injonction ou la défense s'adresse simultanément aux deux parties : chacune d'elles peut y contrevenir et être condamnée ; les deux plaideurs sont à la fois demandeurs et défendeurs. Sont doubles certains interdits prohibitoires, tels que les interdits *uti possidetis* et *utrubi*.

Dans les interdits simples, l'instance s'organise toujours *per sponsionem* ou *per formulam petitoriam* ; dans les interdits doubles, on était toujours tenu de procéder *per sponsionem*.

Interdits possessoires et quasi-possessoires. — *Interdits possessoires*. — Les interdits possessoires sont des moyens de protection énergiques en faveur de la possession juridique. On les divise en quatre classes : 1° les interdits *adipiscendæ possessionis*, ayant pour objet de faire acquérir la possession ; 2° les interdits *retinendæ possessionis*, ayant pour objet de maintenir la possession ; 3° les interdits *recuperandæ possessionis*,

ayant pour objet de faire recouvrer la possession ; 4° les interdits *tam adpiscendæ quam recuperandæ possessionis*, ayant pour objet tant de faire acquérir que recouvrer la possession.

Ces interdits sont, en réalité, les actions possessoires du droit romain et laissent intacte la question pétitoire. Ils diffèrent profondément des actions possessoires du droit français, *complainte, réintégrande, dénonciation de nouvel œuvre*. Parmi leurs dissemblances les plus saillantes, on peut citer les suivantes : 1° les interdits possessoires portent indistinctement sur les meubles et les immeubles ; les actions possessoires se réfèrent uniquement aux immeubles ; 2° les interdits ne tendent pas seulement à la conservation ou au recouvrement de la possession, ils tendent aussi à son acquisition ; les actions possessoires ne procurent jamais une possession qu'on n'a pas eue déjà ; 3° l'exercice des interdits n'exige, en principe, aucune durée de possession ; l'exercice des actions possessoires requiert, au contraire, une possession annale ; 4° le succès d'un interdit est subordonné seulement à une possession non vicieuse *ab adversario* ; le succès d'une action possessoire est subordonné à une possession exempte de vices *erga omnes*.

Dans le sens moderne du mot *possessoire*, les interdits *retinendæ possessionis* sont les seuls qui méritent cette qualification ; les autres ne sont pas fondés sur la possession présente du demandeur et ne poursuivent, en réalité, que l'exécution d'une obligation.

1° Interdits adipiscendæ possessionis. — Ces interdits ont pour objet de procurer au demandeur la possession d'une chose qu'il n'a jamais possédée. Ils sont au nombre de six : 1° l'interdit *quod legatorum*, donné à l'héritier contre le légataire qui s'est mis en possession de la chose léguée sans son consentement ; 2° l'interdit *possessorium*, donné au *bonorum emptor* pour se mettre en possession des biens qu'il a achetés ; 3° l'interdit *sectorium*, donné aux adjudicataires des biens de l'Etat pour se mettre en possession ; 4° l'interdit fraudatoire ; 5° l'interdit *quorum bonorum* ; 6° l'interdit Salvien.

Interdit quorum bonorum. — C'est l'interdit accordé aux héritiers prétoriens (*bonorum possessores*), pour obtenir la pos-

session des choses corporelles héréditaires. Comme la pétition d'hérédité, il ne peut s'intenter que contre un possesseur *pro herede* ou *pro possessore*. A l'époque classique, l'expression *pro herede* comprend, non seulement celui qui se croit héritier sans l'être, mais encore le véritable héritier civil, dans tous les cas où ce dernier venait, dans l'ordre successoral prétorien, après le *bonorum possessor*.

L'interdit *quorum bonorum* s'applique exclusivement à la possession et ne touche en rien la question pétitoire, qui fera l'objet d'une *petitio hereditatis possessoria* : aussi, l'interdit, voie possessoire, n'exige-t-il que la preuve du droit à la *bonorum possessio*, tandis que la *petitio hereditatis possessoria*, voie pétitoire, requiert la preuve du titre d'héritier prétorien ; mais si l'interdit n'assure pas un triomphe définitif, il a l'avantage d'attribuer au *bonorum possessor* le rôle de défendeur dans la pétition d'hérédité.

Interdit Salvien. — Cet interdit est ouvert au bailleur d'un fonds rural pour se mettre en possession des choses mobilières qui garnissent la ferme et que le preneur a affectées au paiement des fermages. Il ne faut pas confondre ce moyen possessoire avec l'action Servienne : il suffit, pour triompher sur l'interdit, de prouver que le fermier avait la possession de la chose affectée à la sûreté du bailleur ; l'action Servienne exige la preuve de la propriété quiritaire ou bonitaire du fermier sur la chose au moment de l'affectation. L'interdit ne tranche que la question de possession et assure au bailleur le rôle de défendeur sur l'action hypothécaire.

2° **Interdits retinendæ possessionis**. — Ces interdits ont pour objet de garantir le possesseur contre un trouble imminent ou de faire cesser un trouble déjà réalisé. Ils assurent le maintien de la possession juridique et fixent le rôle des plaideurs au pétitoire : celui qui triomphe sur l'interdit aura le rôle de défendeur à la revendication. Ces interdits sont l'interdit *uti possidetis*, pour les immeubles, et l'interdit *utrubi*, pour les meubles ; ils sont ainsi appelés à cause des premiers mots de leurs formules.

Interdit uti possidetis. — Cet interdit est donné à celui qui

a la possession juridique (*corpore et animo*) de choses immobilières : pour triompher sur cet interdit, il faut avoir la possession juridique au moment où il est rendu, et que cette possession ne soit ni violente, ni clandestine, ni précaire à l'égard de l'adversaire. Ainsi la possession présente prévaut sur la possession passée, pourvu que le possesseur actuel ne possède *nec vi, nec clàm, nec precario ab adversario* ; si donc le possesseur actuel a enlevé la possession par surprise au possesseur antérieur ou ne l'a reçue de lui qu'à titre de précariste, c'est l'ancien possesseur qui l'emporte.

Cet interdit n'est ouvert qu'à l'occasion d'un trouble qui met en péril la possession juridique en la contestant. De plus, il est double : chaque partie y joue le rôle de demandeur et de défendeur et affirme une prétention égale à celle de son adversaire. La partie victorieuse garde ou reprend la possession et a droit à des dommages-intérêts pour les faits de trouble. Cet interdit est annal, en ce sens qu'il doit être exercé dans l'année du trouble.

Interdit utrubi. — Cet interdit est applicable seulement aux choses mobilières, dont la possession est contestée par un trouble : pour triompher sur cet interdit, il ne suffit pas, à l'origine, d'avoir une possession juridique actuelle sans vices, il faut avoir possédé la chose *nec vi, nec clàm, nec precario ab adversario* pendant la plus grande partie de l'année qui a précédé la délivrance de l'interdit. Sous Justinien, c'est la possession actuelle qui assure la victoire. Cet interdit était double : chacun des plaideurs affirmait une prétention semblable et restait exposé à la condamnation.

3° **Interdits recuperandæ possessionis**. — Ces interdits ont pour objet de faire recouvrer la possession à qui l'a perdue par un fait indépendant de sa volonté ; de ce nombre sont : 1° l'interdit *de precario*, accordé au bailleur à précaire pour reprendre la possession de la chose ; 2° l'interdit *de clandestinâ possessione*, donnée anciennement à celui qui avait perdu la possession d'un immeuble par suite de l'occupation clandestine de son adversaire ; 3° l'interdit *undè vi*, accordé à celui qui avait été violemment expulsé de la pos-

session d'un immeuble. Pour l'obtenir, il faut, de plus, avoir eu la possession juridique, de bonne ou de mauvaise foi, au moment de la dépossession violente. On distinguait la violence simple et la violence à main armée : dans le premier cas, l'interdit *undè vi* échouait contre l'auteur de la violence, s'il n'avait fait que reprendre par la force une possession entachée à son égard de violence, de clandestinité ou de précarité ; dans le second, l'interdit *undè vi* triomphait toujours contre l'auteur de la violence, malgré les vices de la possession de son adversaire. Cette différence n'existe plus sous Justinien : l'interdit *undè vi* triomphe toujours contre l'auteur de la violence, quand même la possession de son adversaire serait vicieuse : *spoliatus ante omnia restituendus*; c'est une application de la maxime qu'on ne peut se faire justice soi-même. Né d'un fait délictueux, cet interdit n'est ouvert que contre l'auteur ou le complice du délit ; les héritiers du coupable n'en sont passibles que jusqu'à concurrence du profit qu'ils ont retiré de la spoliation. Le spoliateur condamné doit restituer, avec la chose, tous les fruits qu'il a perçus ou dû percevoir depuis le fait délictueux ; en outre, il doit réparer le préjudice subi par la victime. Ajoutons que le spoliateur, tenu à raison d'un délit, n'est pas libéré par la perte fortuite de la chose.

4° **Interdits tàm adipiscendæ quàm recuperandæ possessionis.** — Ces interdits, dont il est parlé dans un passage de Paul, avaient été vainement cherchés par nos anciens auteurs. C'est un fragment d'Ulpien, découvert en 1836 dans la bibliothèque du palais impérial de Vienne, qui nous les a fait connaître : ce sont les interdits *quem fundum*, *quem usumfructum* et *quam hereditatem*, accordés par le magistrat au demandeur contre le défendeur qui, dans les actions réelles civiles, revendication, action confessoire d'usufruit, pétition d'hérédité, refuse de donner la caution *judicatum solvi*. Le demandeur acquiert ainsi la possession de la chose litigieuse, s'il ne l'a jamais eue ; il l'a recouvre, s'il l'avait eue antérieurement.

Interdits quasi-possessoires. — Lorsque le préteur eut créé la quasi-possession des droits réels autres que la propriété, il

donna, pour la protéger, des interdits quasi-possessoires. Pour les servitudes personnelles, ces interdits ne sont autres que les interdits possessoires *uti possidetis*, *utrubi*, *undè vi*, qui sont étendus. à titre utile, à la quasi-possession de ces droits réels. Pour les servitudes prédiales, on fait une distinction : s'agit-il de servitudes négatives, comme la prohibition de bâtir, elles sont suffisamment protégées par l'interdit *uti possidetis* direct : ce moyen, ayant pour objet de maintenir la possession des immeubles, devait nécessairement protéger des droits réels qui ne constituent qu'une qualité des fonds ; s'agit-il de servitudes positives, elles sont garanties tantôt par le même interdit *uti possidetis*, donné à titre utile, tantôt par des interdits spéciaux établis pour les plus importantes, parmi lesquels on peut citer les interdits *de itinere actu que privato*, *de rivis*, *de fonte*, *de cloacis*.

TABLE DES MATIÈRES

DEUXIÈME PARTIE

Des Biens

TITRE III

De la transmission du patrimoine.

TROISIÈME PARTIE

Des Actions

Laval. — Imprimerie parisienne, L. BARNÉOUD et Cie.



